Der Bote

Insbesondere: Versuch einer scharfen Abgrenzung des Botenbegriffes von dem des Stellvertreters

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Fromm

aus Hamburg

z. Z. Referendar am Kgl. Amtsgericht in Köpenick

ACAD. LIBRARY

Approbiert am 21. Juni 1907.

Berlin 1908

Hermann Bahr

W. 9., Linkstraße 43

92

Referent: Univ.-Professor Dr. **Siber.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Der „Nuntius" in den Quellen. 7

Zweiter Teil.

Der Begriff des Boten im modernen Recht (aus dem Innenverhältnis heraus festgestellt).

I. Einiges aus der Stellvertretungslehre 15

II. Abgrenzung des Boten gegen den Stellvertreter 20

A. Die Theorie der generischen Gleichstellung.

1. v. Savigny und seine Anhänger 21

2. Mitteis' Standpunkt 24

B. Die herrschende Theorie der begrifflichen Unterscheidung.

1. Übereinstimmende Ansicht aller Vertreter dieser Theorie, daß der Bote nur ein Erklärungswerkzeug sei . . 27

2. Unterschied des speziell bevollmächtigten Stellvertreters vom Boten 32

3. Die Frage der quantitativen Beschränkung des Botenauftrags 39

4. Der Bote ist kein Vertreter in der Erklärung (Windscheid) 51

5. Bote und Briefträger sind begrifflich dasselbe . . 54

6. Kurze Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse . 57

Seite

7. Jherings Theorie 57
8. Schliemanns Theorie 60

Dritter Teil.

Das äußere Auftreten des Boten als Kriterium der Botenqualität im Außenverhältnis 62

Vierter Teil.

Willensmängel und Haftung beim Kontrahieren durch Boten.

Einleitende Bemerkungen 78

1. Willensmängel auf seiten des Prinzipals.
   a) Irrtum 79
   b) Täuschung und Drohung 81
   c) Geschäftsunfähigkeit 83
   d) Haftung des Boten bei Kenntnis der Willensmängel des Prinzipals 86
2. Willensmängel auf seiten des Boten, Haftung für unrichtige Übermittlung.
   a) Irrtum 88
   b) Dolus des Boten 92
3. Willensmängel auf beiden Seiten 95

Literaturverzeichnis.

Arndt v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 1886.

Bähr, Aufsatz über Irrungen beim Kontrahieren durch Mittelspersonen. In den Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 6. 1863.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 3. Aufl. Bd. 4. 2. Aufl.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852.

Busch, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 35. Aufsatz über einen Beitrag zum Telegraphenrecht S. 1 ff. 1862.

v. Canstein, über Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht. Im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. 21. 1871.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1899.

Curtius, Aufsatz über die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 58. 1875.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1894.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Aufsatz über Buchkas Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. In der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 1. Heidelberg 1853.

Dolinski, Die Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschließung von obligatorischen Verträgen. 1893.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. 1884.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1899.

Ernst, Theorien über die Folgen des Irrtums bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch Mittelspersonen. Inaug.-Diss. 1878.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fleck, Aufsatz über den Boten. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 337. 1899.

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil. 1900.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1901.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.

Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882.

Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft Bd. 14 3. Heft. 1877.

Hölder, Pandekten.

Hölder, Vertretung und Vollmacht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 73 S. 110. Jahrg. 1891.

Hupka, Die Vollmacht. 1900.

Ihering, culpa in contrahendo Bd. 4 S. 1 ff. und Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte Bd. 1 S. 273 ff. In den Jahrb. f. d. Dogmatik 1857, 1861.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1904.

Laband, Aufsatz über die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 10 S. 183 ff.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Leonhard, Das römische Recht. S. 75 ff. In der Enzyklopädie für die Rechtswissenschaft (Birkmeyer) 1904.

Lenel, Aufsätze über Stellvertretung und Vollmacht und Handeln im fremden Namen. In den Jahrb. für Dogmatik Bd. 36. 1896.

Maier, Der Bote. Inaug.-Diss.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht. 1885.

Mittermaier, Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschungen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 46. 1863.

Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten bei dem Abschluß von Schuldverträgen. 1879.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtl. Ausg. I. 1888.

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1. 1903.

Regelsberger, Pandekten. 1893.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. 1840.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. 1853.

Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition des Rechtsgeschäfts. 1868.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 5, 32, 57.

Scherer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1898.

Scheurl, Stellvertretung, insbesondere bei Obligationen. In der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 1. 1853.

Schliemann, Beiträge zu der Lehre von der Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge. In der Zeitschrift für die gesamte Handelswissenschaft Bd. 16.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 1902.

Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. 1873.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 1875.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1868.

v. Bangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1876.

Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. 2. 1842.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 1900.

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. 1876.

Zuppinger, Einfluß des wesentlichen Irrtums beim Kontrahieren durch Mittelspersonen. Inaug.-Diss. 1864.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

Unter den zahlreichen Rechtsgeschäften, zu deren Abschluß wir im täglichen Leben Veranlassung und Gelegenheit haben, gibt es eine große Anzahl solcher, bei denen wir nicht selbst alle Handlungen vornehmen, alle Erklärungen abgeben, die von unserer Seite aus erforderlich sind, um den juristischen Tatbestand des abzuschließenden Rechtsgeschäftes auszufüllen, wo wir uns vielmehr ganz oder zum Teil der Mitwirkung anderer Personen bedienen. Der Laie spricht in derartigen Fällen, wo es sich um eine Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften handelt, zumeist unterschiedslos von Vertretung, resp. Stellvertretung. Für den Juristen ist das jedoch eine zwar sprachlich nicht anfechtbare, aber juristisch-technisch fehlerhafte Ausdrucksweise. Freilich ist es richtig, daß jeder, der eine Handlung für uns tut, die wir selbst sonst hätten tun müssen, die uns somit durch jenen erspart wird, uns in dieser Handlung vertritt;[1]) die Entwicklung des rechtsgeschäft-

[1]) Mitteis a. a. O. S. 3: „. . . nach dem natürlichen Wortsinne kann von Stellvertretung nur dort die Rede sein, wo für einen andern in der Absicht gehandelt wird, um dessen Tätigkeit zu ersetzen."

lichen Verkehrs hat jedoch eine Reihe begrifflich durchaus verschiedener derartiger vertretender Personen geschaffen und insbesondere hat der Ausdruck „Stellvertreter" seine ganz spezielle Bedeutung erhalten, die nur auf eine bestimmte Klasse jener bei fremden Rechtsgeschäften mitwirkenden Personen paßt. Diese Klasse ist zugleich die wichtigste. Wollen wir daher Unklarheiten des Ausdrucks vermeiden, so müssen wir für alle diejenigen Mittelspersonen, die nicht Stellvertreter im juristisch-technischen Sinne sind, eine andere Bezeichnung wählen; die Rechtswissenschaft, die sich seit Buchkas Schrift „Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen" aus dem Jahre 1852 unausgesetzt und mit besonderem Eifer mit der Lehre von der Stellvertretung beschäftigt hat und heute auf große Erfolge zurückblickt, hat daher, demselben Gedanken nachgebend, bei allen Personen, die nicht eigentlich Stellvertreter sind, von Gehilfen,[1]) von Geschäftsgehilfen, von Geschäftsabschlußgehilfen,[2]) von Personen, deren Mitwirkung eine nur physische sei, die nur faktische Beihilfe (im Gegensatz zur juristischen des Stellvertreters) leisten usw. gesprochen. Im juristischen Sinne sind also derartige Mittelspersonen keine Stellvertreter. Wie bereits erwähnt, ist das jedoch nicht der Sprache des täglichen Lebens entsprechend, wonach die Gehilfen

[1]) So zuerst besonders Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 1 S. 273 ff.

[2]) Diesen Ausdruck bezeichnet Leonhard, Der allgem. Teil des BGB. S. 296, als treffender.

im natürlichen Sinne als Stellvertreter bezeichnet werden können. Mit Recht betont Windscheid,[1]) daß auch bloße Gehilfen eines Vertragsschlusses, namentlich Boten, im gewissen Sinne Vertreter genannt werden können, weil das Wort Vertreter in der Redeweise des Volkes weiter reicht als die besonderen Rechtsvorschriften über die Vertretung.

Aber wir müssen unterscheiden zwischen dem eigentlichen Stellvertreter, dem das Gesetz eine besondere Stellung zugewiesen hat, und jenen, die nur Geschäftsgehilfen sind. Solche sind unter anderem der Notar (und auch der Amtsrichter z. B.), welcher für unbeholfene Parteien in einer schwierigen Lage den Vertragsinhalt erdenkt und zur Unterschrift vorlegt, der Schreiber, dem die Worte des Vertrages diktiert werden, der Dolmetscher, ferner in bestimmter Weise der Mäkler und auch der Agent, der Diener, der statt des Herrn eine Erklärung entgegennimmt, und ganz besonders der Bote, der eine Willenserklärung des Geschäftsherrn dem anderen Teile übermittelt. Worauf beruht nun die Unterscheidung dieser beiden Gruppen,[2]) den Stellvertretern auf der einen, den Hilfs-

[1]) Pand. I § 73 Anm. 2 S. 297.

[2]) Innerhalb der Gruppe der Gehilfen unterscheiden manche Autoren nochmal. So unterscheidet Zimmermann a. a. O. S. 16 Gehilfen in der bloßen Beschlußfassung, z. B. Mäkler, Notar, Advokat, und Gehilfen in der Erklärung des Willens, Bote, Briefträger, Post, Telegraphie, Dolmetscher, Gerichtspersonen und Notar, wenn sie zur Abfassung von Rechtsgeschäften freiwillig hinzugezogen werden.

personen auf der andern Seite? Ist es denn überhaupt wichtig, diesen Unterschied zu machen? Die Antwort finden wir in der besonderen Rechtsstellung des Stellvertreters; denn während niemand daran denken wird, dem Schreiber einer Vertragsurkunde unter normalen Umständen eine Verantwortlichkeit oder Haftung für das Geschäft selbst aufzubürden, wird dem Stellvertreter sehr wohl eine solche für das durch seine mitwirkende Tätigkeit zustandegekommene Rechtsgeschäft vom Gesetze auferlegt. So lautet z. B. § 166 Abs. 1 BGB.: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht." Der Unterschied der rechtlichen Lage, der jenes Schreibers und des Stellvertreters, beruht darauf, daß letzterer den Prinzipal im Willen vertritt,[1]) jener ihn nur in einer physischen Leistung, dem Niederschreiben der Vertragsworte. Der Stellvertreter bildet den zum Geschäftsabschluß erforderlichen Willen selbst; zum mindesten im formell juristischen Sinne ist er der Erzeuger des Willens. Dagegen ist es klar, daß jener Schreiber, jene Gehilfen keine Vertreter im Geschäftsabschluß, in dem diesem zugrunde liegenden Willen sind. Man sieht also, ein der bloßen Gehilfenschaft gegenüber entscheidendes Kennzeichen der wahren Stellvertretung ist die Verantwortlichkeit für den Geschäftsinhalt.

---

[1]) s. S. 27 ff. dieser Arbeit.

Während es nun im allgemeinen geringere Schwierigkeiten bereitet, den Geschäftsgehilfen als solchen im Gegensatz zum Stellvertreter zu erkennen, und somit keinerlei Zweifel über den jeweils Verantwortlichen und Haftungsverpflichteten bestehen können, ist dies in einem speziellen Fall der Beihilfe zum Geschäftsabschluß, im Falle der Botschaft, oft äußerst schwierig. Infolgedessen wird seitens der die Materie behandelnden Schriftsteller vorzugsweise, wenn nicht gar ausschließlich, speziell der Bote ausführlich in Gegensatz zum Stellvertreter gestellt. Scheinbar ist es oft genug unmöglich, den Boten vom Stellvertreter zu unterscheiden, und dieser Umstand ist wegen der vorläufig nur angedeuteten praktischen Konsequenzen, die sich aus der verschiedenen Rechtsstellung der beiden ergeben, die Quelle vieler Kontroversen geworden. Seit der erwähnten Schrift Buchkas besteht der wissenschaftliche Streit über die Rechtsstellung des Boten, und auch heute ist er noch von keiner Seite aus definitiv siegreich durchgekämpft. Ja, bedeutende Gelehrte haben vor der Schwierigkeit der Unterscheidung die Waffen gestreckt, wie Leonhard sagt,[1]) sie sind zu einem ignorabimus gelangt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch weist lediglich durch den § 120 auf den Unterschied der Rechtsstellung des Boten von der des Stellvertreters hin. Wie Fleck[2]) richtig

[1]) Anfechtung der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 13 ff.

[2]) a. a. O. S. 338 ff.

bemerkt, ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Vollmachtslehre das getreue Spiegelbild des Standes der Wissenschaft, und was in letzterer noch kontrovers ist, wie eben die Natur des Boten, das ist auch im Gesetz eine offene Frage geblieben.

Erster Teil.

„Der Nuntius" in den Quellen.

Bevor wir uns mit den zahlreichen, verschiedenartigen gemeinrechtlichen Theorien über den Boten befassen, wollen wir auf das römische Recht zurückgehen, das ja ebenfalls den Boten, den Nuntius und den Stellvertreter, den Prokurator, kannte. Da die direkte Stellvertretung den Römern im Prinzip fremd war,[1]) so konnte freilich ein Streit über den Unterschied von Nuntius und Prokurator nicht in dem Umfange, den er später nach Anerkennung der direkten Stellvertretung im gemeinen Recht annahm, entstehen; denn daß der sogen. mittelbare Vertreter, den das römische Recht vorzugsweise hatte, etwas völlig anderes war als der Nuntius, das konnte nicht bezweifelt werden. Eine Begriffsbestimmung, eine Legaldefinition, findet sich freilich nicht in den Quellen, ebensowenig wie im Bürgerlichen Gesetzbuch. Man kann jedoch an der Hand des Quellenmaterials eine solche ableiten.[2]) Allgemein findet

[1]) A. M. v Savigny § 57 und Hellmann S. 20; vgl. S. 22 dieser Arbeit u. Anm. 2 S. 7.

[2]) Hellmann (Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 20) leugnet allerdings, daß ein bestimmter Begriff des Nuntius sich für das römische

sich in den Quellen der Vergleich des Nuntius mit der epistola, den litteris. Die Quellen teilen hierin die enge Fassung des Botenbegriffs, wie wir sie auch für das heutige Recht für richtig halten, daß er nämlich nur ein instrumentum voluntatis ist, daß seine Tätigkeit entgegen der des Prokurators eine rein mechanische, unselbständige ist. So heißt es besonders in der l. 15 D. 13, 5: „Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.“[1])

Paulus sagt hier ausdrücklich, daß, obwohl ja, wie bekannt, der Satz gilt: „per liberam personam adquiri nobis non potest“, man sich dennoch einer libera persona als Nuntius bedienen könne bei einem Rechtsgeschäft, ohne diese Regel zu verletzen; denn in diesem Falle: libera

---

Recht nachweisen lasse. Er findet keinen generischen Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter, und da der Nuntius in den Quellen vielfach vorkommt, so benutzt er diesen Umstand als weiteren Beleg dafür, daß das römische Recht die direkte Stellvertretung doch schon gehabt habe. Vom Stellvertreter sagt er nämlich (S. 10), „was dieser tue, sei für ihn etwas völlig Unjuristisches“; es ist dann freilich nicht schwer, zu einer generischen Identität der unserer Ansicht nach grundverschiedenen Begriffe und somit zu obiger Lehre entgegen der herrschenden Ansicht zu gelangen.

[1]) vgl. auch l. 1 § 1 D. 17, 1; l. 18 D. 23, 1; l. 38 D. 36, 1; l. 2 § 2 D. 44, 7; l. 1 § 2 D. 18, 1; l. 1 § 1 D. 3, 3; l. 2 D. 2, 14. Vgl. v. Savigny § 57 Anm. 10; ferner Fleck S. 348; Windscheid-Kipp S. 73 Anm. 1; Hellmann S. 39ff.

persona ministerium tantummodo praestat. Es handelt sich nun in dieser Stelle m. E. nicht nur um eine Ausnahme von dem genannten Prinzip, sondern es ist anzunehmen, daß Paulus in dem, der mechanische Dienstleistung als Mittelsperson verrichtet, etwas dem Begriffe nach vom Prokurator Verschiedenes gesehen haben will. In der zitierten Stelle ist allerdings der Nuntius nicht geradezu genannt. Daß jedoch mit der libera persona nur ein Nuntius gemeint sein kann, ergibt sich nicht nur aus den besonders hervorgehobenen Worten, sondern auch aus der vorhergehenden Stelle l. 14 § 3 D. 13, 5, wo er ausdrücklich genannt wird. „Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuncium et pernosmet ipsos, et quibuscumque verbis."

Es gibt jedoch auch mehrere Stellen, in denen der Nuntius, der bloß die Erklärung des Handelnden ersetzt, demjenigen, der das ganze Rechtsgeschäft für ihn vornimmt, ausdrücklich entgegengesetzt wird, wie Mitteis[1]) später besonders hervorhob. Solche Stellen sind u. a. l. 18 D. 23, 1; l. 37 D. 36, 1 pr. und l. 65, § 3 D. 36, 1.

l. 37 D. 36, 1 lautet: „Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restituere et ille recipere, non si ex alia causa putavit

[1]) Mitteis S. 132; vgl. auch Hellmann S. 40/41.

te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur."

In dieser Stelle handelt es sich um die verschiedenen Möglichkeiten, die Restitution einer Erbschaft zu bewirken. Sie kann re und verbo geschehen. Bei letzterer Form soll es gleich sein, ob sie durch persönliche Erklärung unmittelbar oder durch einen Brief oder durch einen Nuntius geschieht. Ferner aber kann sie auch durch einen andern auf Geheiß des Fiduziars oder auch auftragslos geschehen, wenn der Fiduziar nachträglich genehmigt. Zwischen dem Nuntius, durch den der Fiduziar seinen Restitutionswillen erklärt und dem alius, qui iussu fiduciarii restituiert resp. der als negotiorum gestor auftritt, ist demnach ausdrücklich ein Unterschied anerkannt, und zwar kann er nur so gedacht werden, daß der Nuntius ein rein mechanisches Übermittlungswerkzeug ist, wie die epistola, während der alius als selbständig handelnder Vertreter auftritt, was im Falle der negotiorum gestio mit nachfolgender Genehmigung des Fiduziars gar nicht anders denkbar wäre. Man müßte denn gerade die Möglichkeit einer Botschaft mit nachfolgender Ratihabition anerkennen. Auf Grund der römischen Auffassung vom Begriff des Boten als einem der Übermittlung von Willenserklärungen dienenden Organ muß man jedoch sagen, daß die Tätigkeit eines

solchen nicht ohne voraufgehende Ursache gedacht werden kann.[1])

Die oben angeführte Stelle ist sogar besonders geeignet zur Bekräftigung der herrschenden Ansicht, daß ein Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter bestehe und auch schon bei den Römern bestanden habe, da der Nuntius hier im Gegensatz zu einem der im römischen Recht nur ausnahmsweise zugelassenen direkten Stellvertreter gestellt ist. Wie allgemein angenommen wird, war die direkte Stellvertretung beim Besitz und Eigentumserwerb, sowie der Aufnahme von Darlehen und auch beim Erbschaftserwerb gestattet.[2]) In unserer Stelle handelt es sich um den letzteren. In l. 18 D. 23, 1 ist ebenfalls auf den Unterschied hingewiesen: „in sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram an per internuntium vel per epistolam an per alium hoc factum est; et fere plerumque conditiones inter positis personis expediuntur".

Auch Ulpian stellt hier den internuntius dem alius gegenüber. Der Nuntius ist durch vel der epistola gleichgestellt, wie dies ja so häufig in den Quellen geschieht.

---

[1]) Mitteis S. 135/36 ist a. M. für das gemeine Recht. Er zitiert Anm. S. 136 die unsere Auffassung stützende Stelle aus Lauterbach de nuncio (in diss. vol. III n. O.: 10 c. 7): Et haec mittentis commissio ad nuncium constituendum adeo est necessaria, ut si illa deficiente a falso nuncio aliquid nunciatum fuerit, illud omnino nullum sit, ut nec ratihabitione . . confirmari possit.

[2]) vgl. statt aller übrigen Windscheid § 73 S. 298/99.

Auch hier kann der Unterschied nicht in der Art des Auftrages etwa liegen, vielmehr in der Art der Erklärung; der alius tritt selbständig erklärend auf, der internuntius ist unselbständig, wie eben der Brief. Besonders scharf für das römische Recht tritt der Unterschied in l. 1 § 1 D. 3, 3 hervor, wo Ulpian feststellt, daß auch im Falle einer Spezialvollmacht Prokurator und Nuntius zu trennen seien, eine Frage, die ebenfalls im gemeinen Recht viel umstritten wurde. „Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit."

Ulpian bekämpft also die Ansicht des Pomponius, daß derjenige, welchem der Abschluß eines einzelnen Rechtsgeschäftes aufgetragen ist, im technischen Sinne (proprie) nicht Prokurator genannt werden könne. Im Gegenteil, sagt Ulpian, auch wer einen Spezialauftrag (ad unam rem) habe, kann Prokurator sein, wer jedoch lediglich Überbringer einer Sache, eines Briefes oder einer Botschaft sei, dürfe nicht Prokurator genannt werden. Da sich ganz besonders in diesem Falle Prokurator und Nuntius nicht durch die Bestimmtheit des Auftrags unterscheiden, dennoch aber der Jurist das eine Mal vom

Prokurator, das andere Mal vom Nuntius spricht, so weist er damit deutlich auf den inneren Unterschied hin.[1]) Der unius rei mandatum suscipiens hat eine rechtlich ganz andere Aufgabe als der Nuntius zu erledigen. Er hat eine res, ein Rechtsgeschäft, statt des Herrn auszuführen, während der Nuntius nur eine Erklärung zu perferieren hat.

Der Prokurator vertritt den Dominus dergestalt, daß das Rechtsgeschäft inter praesentes abgeschlossen wird, der Nuntius ist lediglich Erklärungsorgan seines Herrn, so daß die durch ihn vermittelten Geschäfte als inter absentes abgeschlossen zu gelten haben. Der Nuntius des römischen Rechts ist also, wie wir nach den obigen Ausführungen schließen können, ein vom Prokurator durchaus verschiedener Begriff. Seine Aufgabe ist es lediglich, eine Willenserklärung inter absentes zu übermitteln, genau wie dies ein Brief tut. Einige Quellenstellen mögen noch zum Schluß die hier vertretene Ansicht bekräftigen.

L. 2 § 1 und 2 D. 44, 7; „Consensu fiunt obligationes in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. — Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium".

---

[1]) Curtius S. 70/71 sagt, man habe obige Stelle umgekehrt zum Beweise dafür anführen wollen, daß die römische Terminologie unter Prokurator den Boten mit umfasse. Curtius faßt aber die Stelle gerade so auf, wie es oben geschehen ist.

L. 1 § 2 D. 18, 1: „est autem emtio iuris gentium et ideo consensu peragitur, et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras".

L. 2 pr. D. 2, 14: „Labeo ait convenire posse vel re vel per epistolam vel per nuntium inter absentes quoque posse".

Dieselbe Auffassung vom Boten als bloßem Werkzeug haben auch die Glossatoren und Kommentatoren behalten. Wir weisen nur auf die viel zitierte Stelle des Azo hin: „Nuntius est is, qui vicem gerit epistolae estque velut pica et organum et vox domini mittentis ipsum et recitat verba domini, puta misit dominus, ut sciret, an ille sibi venderit pro decem".[1])

---

[1]) Codicis D. N. Imperat. Justiniani, sacratissimi Principis P. P. Augusti repetitae Praelectionis libri XII, IV, Tit. 50 S. 944 Note f.

Zweiter Teil.

Der Begriff des Boten im modernen Recht (aus dem Innenverhältnis heraus festgestellt).

I. Einiges aus der Stellvertretungslehre.

„Das Wesen der Stellvertretung tritt schärfer heraus, wenn es an verwandten Erscheinungen gemessen wird. Eine solche ist der Bote", mit diesen Worten geht Regelsberger[1]) in seinem Pandektenlehrbuch zur Abgrenzung des Stellvertreters gegenüber den bloßen Hilfspersonen über. Wir können umgekehrt sagen, das Wesen des Boten wird uns am klarsten werden, wenn wir ihn am Stellvertreter messen, denn da einerseits der Begriff des Boten noch heute ungeklärt ist, andererseits hingegen der des Stellvertreters dank der gründlichen wissenschaftlichen Vorarbeiten scharf umgrenzt dasteht, da ferner, wie schon erwähnt,[2]) beide Begriffe oft anerkannt schwer auseinanderzuhalten sind im konkreten Falle, so scheint es mir bei einer Behandlung der Rechtsstellung des Boten durch-

[1]) Pand. S. 586.

[2]) s. S. 5 der Arbeit.

aus notwendig, zunächst die wichtigsten Grundsätze der Stellvertretungslehre voranzustellen. Es kommt eben nicht so sehr darauf an, den Boten an und für sich zu charakterisieren, es kommt weit mehr darauf an, die Trennungslinie zwischen ihm und dem Stellvertreter aufzufinden, zu untersuchen, ob ein und welcher Unterschied besteht. Daß der Unterschied vorhanden sei, wird nur von wenigen bestritten,[1]) die Schwierigkeit liegt in der Abgrenzung. So sagt Dernburg[2]): „Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hilfe (hierin ist der Bote mit eingeschlossen) ist unverkennbar, die Abgrenzung aber schwierig".

Dernburg[3]) definiert: „Stellvertreter ist also, wer Geschäfte, die uns angehen sollen, für uns abzuschließen hat". Der unmittelbare Stellvertreter des gemeinen Rechts schließt das Rechtsgeschäft im Namen des Geschäftsherrn ab, d. h. dieser erscheint als Geschäftspartei. Es fragt sich nun, wer ist der wahre Kontrahent, der Vertreter oder der Vertretene?

Die Repräsentationstheorie[4]) erachtet den Stellvertreter als das kontrahierende Subjekt, den Vertretenen

---

[1]) So v. Savigny, Hellmann, Mitteis; s. darüber S. 21 f. der Arbeit.

[2]) Pand. Bd. 1 S. 277.

[3]) Pand. Bd. 1 § 119.

[4]) vgl. hierüber besonders Dernburg, Pand. I § 117 Anm. 8; ferner Windscheid I § 73 S. 302 ff.; Buchka S. 236; Laband S. 226; Wächter II S. 683; Jhering I S. 274; Arndt S. 126.

als eine beim Geschäft nur betreffs seiner Wirkungen beteiligte Person. Dies ist die im gemeinen Recht herrschende Theorie.

Eine andere Theorie[1]) sieht im Stellvertreter lediglich ein Organ der Willenserklärung des Prinzipals und somit den Vertretenen als den selbsthandelnden,[2]) als den wahren Kontrahenten an. Einer vermittelnden Theorie zufolge handeln Vertreter und Vertretener gemeinschaftlich. Dies ist insbesondere Mitteis' Theorie.[3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zu diesen Theorien keine unmittelbare Stellung genommen, und auch in den Motiven und Protokollen wird auf sie nicht Bezug genommen. Infolge davon wird es sowohl von den Anhängern der Repräsentationstheorie, als auch von denen, die der vermittelnden Ansicht gefolgt sind, als mit ihrer Lehre übereinstimmend in Anspruch genommen. Ein Vertreter der

[1]) So besonders v. Savigny § 59; aber auch Hellmann S. 21—26; Dernburg (Heidelberg. Zeitschr. S. 14); vgl. aber andererseits auch Dernburg, Pand. I S. 278, sowie Anm. 3 S. 17 d. Arb. Über die v. Savignysche Theorie sagt Thöl S. 227 treffend, es werde durch sie ein wahrer Kontrahent gänzlich weggeleugnet.

[2]) Fleck nennt sie „Selbsthandelnstheorie", s. S. 340.

[3]) a. a. O. § 13 S. 110; auch Thöl a. a. O. § 70; aber auch Dernburg kann nach seinen Pand. I S. 278 zur vermittelnden Theorie gerechnet werden. Er sagt, der Geschäftsherr sei der wahre Kontrahent, so jedoch, daß der Stellvertreter mit ihm nach Maßgabe seiner Vollmacht zusammen wirkt. Das Geschäft würde durch den Willen beider erzeugt. Beide seien dessen Begründer, und zwar primär der Vertretene, sekundär der Stellvertreter.

letzteren Theorie für das Bürgerliche Gesetzbuch ist z. B. Crome;[1]) nach ihm ist die Ansicht, daß Vertreter und Vertretener handeln, die, der die Zukunft gehört. Dernburg zählt auch hierher, er sagt,[2]) das Bürgerliche Gesetzbuch folge einer vermittelnden Ansicht, und weist auf § 166 BGB. hin.

Andererseits findet sich z. B. in Engelmanns Lehrbuch der Satz,[3]) das Bürgerliche Gesetzbuch habe sich der Repräsentationstheorie angeschlossen. Er weist auf den Abs. 2 des § 166 als eine bloße Ausnahme hin.

Zweifellos ist dagegen im Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. § 166 Abs. 1) die v. Savignysche Theorie abgelehnt, und das ist sehr günstig für unsere Frage. Denn die Folge der Anerkennung dieser Theorie bei konsequenter Durchführung ist die vollkommene begriffliche Identifizierung des Boten und des Stellvertreters. Beide sind nach v. Savigny nur Organe der Erklärung für den Geschäftsherren. In dieser Konsequenz steht aber v. Savigny einsam da, wie Hellmann[4]) hervorhebt.

Das charakteristische Merkmal des Stellvertreters sieht nun die herrschende Meinung[5]) einmütig in seiner selb-

---

[1]) S. 456 Anm. 21.

[2]) Bürgerl. Recht S. 491.

[3]) S. 121.

[4]) Hellmann S. 3 schließt sich übrigens gerade am meisten v. Savigny an, so daß manche von einer v. Savigny-Hellmannschen Theorie reden, so z. B. Maier S. 11.

[5]) vgl. statt aller übrigen Windscheid-Kipp § 73.

ständigen Willensproduktion. Der Wille des Vertreters ist derjenige, der das Geschäft zustande kommen läßt, und bei der Beurteilung der Gültigkeit und Wirksamkeit des Geschäftes, soweit dabei der innere Zustand des Kontrahierenden in Frage steht, kommt es darauf an, wie dieser Zustand bei dem Vertreter beschaffen war. In allen anderen Beziehungen ist dagegen die Person des Vertretenen entscheidend. Außer dem Vertretungswillen des Vertreters ist die Vertretungsbefugnis notwendig. Diese beruht auf einer vom Geschäftsherrn erteilten Vollmacht. Fehlt diese resp. überschreitet der Vertreter diese Befugnis, so hängt die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des Prinzipals ab. Da es auf den Willen des Vertreters ankommt, so darf dieser nicht geschäftsunfähig sein, wohl aber kann er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein.[1])

In Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Lehre (von Savignys Theorie abgesehen) versteht auch das Bürgerliche Gesetzbuch unter Vertretung[2]) „Vertretung im Willen" (vgl. § 164). Deshalb entscheidet bei Willens-

---

[1]) vgl. § 165 BGB.

[2]) Es muß betont werden, daß das BGB., wenn es von Vertretung spricht, die eigentliche direkte Stellvertretung meint. Hiergegen wendet sich besonders Leonhard, BGB. S. 297: „Diese Verwendung des Wortes Vertretung im BGB. deckt sich nicht mit der Redeweise des Volkes". Vgl. oben Einleitung S. 1 ff. Leonhard unterscheidet (a. a. O. S. 298) bloße Geschäftsbeihilfe, die er Interessenvertretung nennt, und Vertretung in einer Rechtsausübung.

mängeln (abgesehen von der erwähnten Ausnahme des § 166 Abs. 2) die Person des Vertreters als die des wirklich Wollenden (§ 166 Abs. 1). So heißt es auch in den Motiven[1]: „Unter Vertretung wird in dem Entwurf Vertretung im Willen verstanden".

II. Abgrenzung des Boten gegen den Stellvertreter.

Wenden wir uns nun zur Botenlehre, und zwar insbesondere zunächst zu dem Hauptstreitpunkt, dem Botenbegriff und seiner Abgrenzung gegenüber dem des Stellvertreters, so müssen wir vor allem auf das strengste zweierlei unterscheiden, das Innenverhältnis (Bote zum Geschäftsherrn) und das Außenverhältnis (Bote zum Gegenkontrahenten). Wir lösen gewissermaßen die eine Frage in zwei verschiedene auf; wir fragen 1. „Was ist ein Bote?" und suchen damit den Begriff des Boten von innen heraus theoretisch zu erfassen, und 2. „Wer ist ein Bote?", d. h. wer gilt nach außen hin als ein solcher?[2]

Wir können nicht beliebig mit einer der Fragen beginnen, denn die Beantwortung der zweiten setzt die Lösung

---

[1]) Mot. I S. 223; ferner auch Prot. S. 292, und so auch die Schriftsteller Planck S. 283 ff.; Dernburg, Pand. I S. 474; Windscheid-Kipp § 73.

[2]) Damit lehnen wir von vornherein das äußere Auftreten als ein begriffliches Merkmal ab. Wir gehen jedoch hier nicht näher auf die Bedeutung des äußeren Auftretens ein, das geschieht ausführlich weiter unten, S. 62 ff. dieser Arbeit.

der ersten voraus. Erst wenn wir festgestellt haben, was ein Bote ist, können wir darauf eingehen, wer von denen, die seitens des Geschäftsherrn Boten sind, dies auch dem andern Teile gegenüber sind.

A. Die Theorie der generischen Gleichstellung.

1. v. Savigny und seine Anhänger.

Die überwiegende Mehrzahl der Autoren ist sich darin einig, daß Botendienst nur Geschäftsbeihilfe und nicht Stellvertretung ist. Für die Anhänger der Repräsentationstheorie ist das nur natürlich und konsequent, nicht dagegen für diejenigen, welche auf dem Boden der v. Savignyschen Selbsthandelnstheorie stehen. Bleiben wir zunächst bei ihr; sie führt zum römischen Nuntius zurück. Savigny sagt[1]): „Der Bote ist bei den formlosen Konsensualkontrakten Träger fremden Willens. Er ist bloß das Werkzeug der Willenserklärung." Dies entspricht durchaus der richtigen Auffassung vom Boten. Durch Vergleichung verschiedener Fälle, in denen dem Boten ein ständig wachsender Spielraum zur Betätigung eigenen Willens gelassen ist, kommt v. Savigny schließlich zu dem Resultat, es sei kein Unterschied zwischen dem Boten und dem Stellvertreter. Als einziger, wie schon gesagt,[2]) sieht Savigny im heutigen Stellvertreter nichts mehr, als

---

[1]) ObligRecht § 57 S. 56.

[2]) vgl. S. 18 d. Arb.

den römischen Nuntius, und kommt so zu der Behauptung, das römische Recht habe die direkte Stellvertretung schon prinzipiell gekannt.[1]) Er sieht im Boten einen Vertreter mit auf das äußerste spezialisierter Vollmacht, der Bote ist für ihn also generisch ein Stellvertreter. Unrichtig erscheint es mir, wenn Canstein[2]) sagt: „Bekanntlich will Savigny in dem modernen Stellvertreter einen Boten und nur einen Boten sehen". Savigny sieht allerdings im Vertreter nur einen Gehilfen des Herrn, aber darum doch keinen Boten, er sagt umgekehrt, der Bote sei generisch doch ein Vertreter, nicht, der Vertreter sei ein Bote. Savigny leugnet jedenfalls die Möglichkeit, daß zwei Personen, die beide ganz spezielle Mandate haben, das eine Mal Vertreter, das andere Mal Bote sein könnten. Wir werden weiter unten sehen,[3]) wie es hiermit steht.

Wie verhalten sich aber die Anhänger der Savigny-schen Selbsthandelnstheorie zum Boten? Sie sind nicht so konsequent wie der Begründer ihrer Theorie. Sie unterscheiden vielmehr durchweg Bote und Stellvertreter, wenn auch nur quantitativ. So sagt Canstein: „Der Beauftragte[4]) spezialisiert den allgemeinen Willen des Auf-

[1]) vgl. Anm. 1 auf S. 7 d. Arb.

[2]) Arch. f. Theorie u. Paxis d. allgem. deutschen Handelsr. Bd. 21 S. 270.

[3]) s. S. 32 ff. d. Arb.

[4]) Canstein unterscheidet nämlich: Bevollmächtigten, Beauftragten und Boten; vgl. Hellmann S. 37.

traggebers, und dadurch unterscheidet er sich vom Boten". So unterscheidet auch Dernburg[1]); ‚indem er von Haus aus im Vertreter gar nicht einen bloßen Gehilfen sieht, wie dies v. Savigny tut; er sagt nur, wo die endgültige Entscheidung beim Geschäftsherrn bleibe, seien Dritte, die mittätig sind, bloße Gehilfen, insbesondere so der Bote, welcher dem Mitkontrahenten unsere Erklärungen mitteilt. Er habe keine andere Funktion wie ein Brief. Vor allen aber unterscheidet auch Hellmann,[2]) der im übrigen Savigny am nächsten steht und ebenfalls keinerlei generischen Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter anerkennt. Er sieht in der Tätigkeit des Stellvertreters eine Dienstleistung für den kontrahierenden Dominus. Entweder erkläre der Stellvertreter auf Grund einer Spezialvollmacht, oder er spezialisiere. In beiden Fällen kann der Unterschied von dem Boten im engeren Sinne aufrechterhalten bleiben. Das ergibt sich aus der Erwägung, daß der Bote lediglich Worte mitteilt, und daß darin seine Tätigkeit beschlossen ist, während der Spezialbevollmächtigte volles Bewußtsein von dem rechtlichen Vorgang haben muß, den er vermittelt. Obwohl also Hellmann im Stellvertreter nur Gehilfen in der Willenserklärung sieht, sagt er doch, der Bote sei zu unterscheiden. Ersterer sei nämlich „ein Willensäußerungsorgan höherer Art".

---

[1]) Pand. I S. 277.

[2]) S. 19/20.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß auf Grund der Savignyschen Theorie sich keine Grenzlinie feststellen läßt, die uns den Botenbegriff im Gegensatz zu dem des Stellvertreters klar macht; denn wer sowohl im Boten wie im Stellvertreter nur Gehilfen und Organe sieht, der ist höchstens inkonsequent, wenn er dennoch einen Unterschied behauptet.

2. Mitteis' Standpunkt.

An zweiter Stelle ist die Mitteissche Theorie[1] zu erörtern. Auch sie sieht in dem Boten generisch einen Stellvertreter, nur eine besondere Spezies des allgemeinen Genus „Vertreter in Rechtsgeschäften". Vor anderen Vertretungsfällen habe jedoch der Bote als Charakteristikum voraus, daß bei ihm der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts auf Null reduziert sei und daß diese Willenslosigkeit sich auch äußerlich bei Abschluß des Rechtsgeschäfts kenntlich mache. Der Bote erscheint demnach als das allerdings scharf zu markierende Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmender Bedeutung. Das erinnert stark an den Savignyschen Standpunkt. Es darf einen nicht wundern, daß Mitteis, der im übrigen die Selbsthandelnstheorie energisch bekämpft, hierin mit Savigny übereinstimmt.[2] Mitteis will nämlich

[1] § 15 a. a. O.

[2] Freilich recht äußerlich, wie auch Fleck S. 341 sagt, der Mitteis, deshalb mit zur herrschenden (s. S. 27 ff. d. Arb.) Richtung zählen will.

nicht behaupten, daß der Stellvertreter im römischen Recht prinzipiell schon existiert habe, in dem Sinne, wie dies v. Savigny und Hellmann ausführlich zu begründen suchen; aber er sagt, es hätten lediglich technische Schwierigkeiten im römischen Recht bestanden, die der direkten Stellvertretung entgegen gewesen wären. Diese aber seien beim Boten fortgefallen, so daß in ihrer einfachsten, fast mechanischen Form die Stellvertretung dennoch bereits im römischen Recht bekannt gewesen wäre.[1]) Mitteis' Lehre ist insoweit widerspruchsvoll, denn er sagt einerseits, im römischen Recht gab es keine direkte Stellvertretung,[2]) andererseits aber ist ihm der Nuntius der ältere Bruder des modernen Stellvertreters, jedoch sei die durchgreifende Differenz nur eine historische.[3])

Als Beweis, daß der Bote generisch ein Stellvertreter sei, weist Mitteis darauf hin, daß der Bote insofern bewußter Mitschöpfer des Geschäfts sei, als er den Willen der Erklärung habe, und zwar nennt er diesen Willen einen rechtsgeschäftlichen Willen, durch den der Bote das Geschäft vermitteln wolle. Richtiger Ansicht ist das nicht die Betätigung eines rechtsgeschäftlichen Willens, wie ausdrücklich Regelsberger hervorhebt.[4])

---

[1]) S. 35.

[2]) Mitteis S. 1: „Das Rechtsinstitut der Stellvertretung gehört nicht zur großen römischen Erbschaft".

[3]) S. 132.

[4]) In Endemanns Handb. 2 § 239 S. 396: „Er (der Bote) betätigt dabei zwar seinen Willen, denn niemand kann ihn dazu zwingen,

Wenn ich z. B. einem Boten in Worten einer fremden Sprache eine Erklärung zu übermitteln auftrage, indem ich ihn wie eine pica abrichte, die betreffenden Worte herzusagen, so weiß der Bote gar nicht, ob er ein Rechtsgeschäft durch seine Erklärung vermittelt, hat also unmöglich den Erklärungswillen im Sinne Mitteis'. Überhaupt ist die Auffassung des Boten vom Sinne der Erklärung gleichgültig, wie besonders Regelsberger hervorhebt.[1]) Mitteis kommt ferner zu der sonderbaren Konsequenz,[2]) daß, wenn der Bote sagt, mein Prinzipal will diesen Vertrag abschließen, ich weigere aber die Erklärung, daß dies Nichtigkeit zur Folge habe, weil zwischen dem Willen des Prinzipals und der Erklärung kein Kausalzusammenhang stattfindet. Er teile die Erklärung zwar mit, aber nur um sie zu verweigern. Aus diesem Beispiel ergibt sich m. E. gerade die gegenteilige Ansicht. Denn wer der richtigen Ansicht zufolge im Boten keinen generischen Stellvertreter, sondern nur ein Übermittlungsorgan erblickt, wird sagen müssen, daß im obigen Falle die Absicht des Herrn, dem andern Teil eine Erklärung zukommen zu lassen, durchaus erreicht ist. Der Bote hat eben im juristischen Sinne keinen Einfluß auf das Zu-

---

aber er betätigt nicht seinen rechtlichen Willen oder seine juristische Handlungsfähigkeit. Er tut das so wenig wie der Nachtwächter, der die Stunden ausruft."

[1]) a. a. O.; vgl. Anm. 4 S. 25 dieser Arbeit.

[2]) S. 131 Note 140.

ſtandekommen des Geſchäfts.[1]) Es iſt ganz irrelevant, daß er nach Abgabe der Erklärung hinzufügt, ich verweigere dieſe, denn dann hat er ſie eben ſchon abgegeben.[2]) Es folgt aus dem Mitteisſchen Beiſpiel keineswegs, daß der Bote ſeines Erklärungswillens halber generiſch ein Stellvertreter ſei, ſondern m. E. gerade das Gegenteil. Stellt man ſich aber einmal auf Mitteis' Standpunkt, ſo kommt man ebenſowenig zu einem durchgreifenden Unterſcheidungsmerkmal des Boten vom Stellvertreter, als wie in Konſequenz der v. Savignyſchen Lehre.

B. Die herrſchende Theorie der begrifflichen Unterſcheidung.

1. Übereinſtimmende Anſicht aller Vertreter dieſer Theorie, daß der Bote nur ein Erklärungswerkzeug ſei.

Zu einem Reſultat gelangen wir erſt im Anſchluß an die herrſchende Repräſentationstheorie. Indem letztere die Stellvertretung als Vertretung im Willen erklärt, und zwar dies im bewußten Gegenſatz zu einer Vertretung (im weiteren Sinne) und ſolchen Tätigkeiten, die — wie die des Boten — keinen Anteil am Geſchäftsleben ausdrücken, erklärt ſie den Boten als ein lediglich

---

[1]) vgl. darüber weiter unten S. 39 ff. dieſer Arbeit.

[2]) Das erſcheint mir gerade ſo ſelbſtverſtändlich, als wie derjenige, welcher zu einem Maler z. B. ſagt: „Wenn ich ſagen wollte, was ich von Ihrem Bilde denke, ſo würde ich ſagen, es ſei recht häßlich", damit das Bild tatſächlich als „häßlich" bezeichnet hat.

der Übermittlung von fertigen Willenserklärungen dienendes Organ des Geschäftsherrn, genau wie dies ein Brief ist. Damit ist zugleich der generische Unterschied betont. Diese Auffassung bestand schon — abgesehen von der römischrechtlichen und der der Glossatoren — in frühester Zeit. Bereits Duarenus bezeichnet den Boten als einen redenden Brief und den Brief als einen stummen Boten.[1])

Die alte Unterscheidung von Bote und Stellvertreter ist auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommen worden. Es unterscheidet ausdrücklich, indem der Bote abgesondert in § 120[2]) und nicht im Zusammenhange mit der in den §§ 164—181 behandelten Vertretungs- und Vollmachtslehre zu finden ist. Soviel steht also fest, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im Boten keinen Stellvertreter sieht, wie dies v. Savigny und Mitteis tun. Daß das Gesetz mit dem Bewußtsein des generischen Unterschiedes den Boten aus der Vertretungslehre ausgeschieden hat, geht deutlich aus den betreffenden Ausführungen in den Motiven und den Protokollen hervor.[3]) So heißt es in den

---

[1]) Nach Curtius S. 71.

[2]) § 120 BGB. handelt nicht nur vom Boten, er bezieht sich auch auf den Dolmetscher, die am Fernsprechverkehr mitwirkenden Personen, den Kopisten, der sich verschreibt oder falsch liest, den Schreiber, die Post und Telegraphenanstalt, Paketfahrtgesellschaft usw.; vgl. Gareis § 120.

[3]) Wir glauben in diesen ein wissenschaftliches Auslegungsmittel von besonderem Wert in unserer Frage sehen zu müssen, gerade weil

Motiven[1]): „Selbstverständliche Voraussetzung der Anwendung ist, daß die Mittelsperson nur Bote, nicht Vertreter ist". Ferner in den Protokollen: „Falls er (der Vertreter) wirklich als Vertreter und nicht etwa nur als Bote handele . . ." Schließlich noch besonders deutlich die Motive zum § 115 des 1. Entw.[2]): „Unter Vertretung wird in diesem Entwurf Vertretung im Willen verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teiles auf dessen Veranlassung dem anderen Teile übermittelt, so ist er Mittelsperson, Bote . . ." Auch die moderne Rechtswissenschaft konstatiert den Unterschied auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches. So sagt Planck,[3]) das Gesetz verstände unter Vertreter nicht den, dessen sich jemand zur Übermittlung seiner Erklärung bedient, den sogen. Boten. Dieser sei nur Werkzeug des Erklärenden.

Aber das Bürgerliche Gesetzbuch hat keine Begriffsbestimmung gegeben; manche der im gemeinen Recht strei-

---

das Gesetz selbst sich ausschließlich in § 120 mit der Rechtsstellung des Boten abfindet und dies auch nur in einer einzigen Beziehung.

[1]) S. 202 zu § 101 1. Entw.

[2]) Entw. S. 223 § 115.

[3]) S. 282 ff.; vgl. ferner Leonhard, BGB. S. 298 (er spricht dort von der nach dem BGB. notwendigen Unterscheidung von Bote und Vertreter); Cosack S. 215; Crome S. 451 (der Bote leistet nur mechanischen Dienst); Goldmann-Lilienthal S. 198; Dernburg BGB. S. 470 (eine besondere Stellung hat der Bote); Scherer S. 350; Rehbein S. 250/51; Kohler S. 431 u. Eck, Vortr. S. 65.

tigen Fragen sind zwar durch den § 120 entschieden, wie wir sehen werden, aber die Schwierigkeit der Unterscheidung ist die alte geblieben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es der Wissenschaft überlassen, die Grenze festzustellen. Daß die Frage, wie diese zu ziehen sei, auch heute noch eine offene ist, wird allgemein anerkannt.[1]) Der Kampf der Ansichten ist derselbe wie im gemeinen Recht, und wir haben daher im folgenden unsere Frage vornehmlich auf der reichen Grundlage der gemeinrechtlichen Auffassungen zu behandeln. Das Gesetz hat sich begnügt, den Unterschied zu konstatieren; worin er besteht, das soll nun festzustellen versucht werden. Es ist ein Vorzug des Gesetzes, daß es uns keinerlei Schwierigkeiten in den Weg legt, daß jede Auffassung des Botenbegriffes, sofern sie an dem generischen Unterschied festhält, nötigenfalls in den Rahmen des Gesetzes eingepaßt werden kann. So sagt auch Fleck[2]): „Daß das Gesetz schweigt, ist kein Fehler, eher ein Vorzug desselben."

Als Wortführer der herrschenden Meinung,[3]) inso-

[1]) vgl. weiter oben S. 5/6; Planck S. 283 Bd. 1: „Die Frage, ob jemand Bote oder Vertreter ist, kann im einzelnen Falle tatsächlich zweifelhaft sein"; Leonhard, BGB. S. 298.

[2]) S. 338.

[3]) Als Vertreter der herrschenden Meinung außer den in Anm. 3 S. 29 dieser Arbeit bereits genannten seien die folgenden aufgezählt: Buchka S. 205; Jhering S. 273 ff.; Laband S. 189; Brinz S. 1597; Windscheid, Pand. I § 73; Thöl § 72; Unger II § 90; Wächter, Pand. S. 414; Schliemann S. 14 ff.; Zimmermann S. 19; Bähr § 5; Hölder S. 296 ff.; Schott S. 70; Scheurl S. 2; Seuffert,

weit keine oder nur geringe Abweichungen bestehen, sei nun zuerst Buchka erwähnt. Er sagt[1]): „Überhaupt aber darf der Prokurator nicht mit dem Nuntius identifiziert werden. Der Nuntius hat lediglich die Aufgabe, den Willen des Prinzipals dem anderen Kontrahenten zu überbringen; er ist daher bei dem Kontraktsabschluß nur das Werkzeug des Prinzipals, als des eigentlichen Kontrahenten, und darf nicht selbst als der juristisch Handelnde aufgefaßt werden". Man sieht, bereits Buchka, der, wie erwähnt, mit seiner Schrift den Anstoß zu der späteren reichen Literatur über unsere Frage gab, hat den Grund gelegt zu der herrschenden Meinung, wenn er auch nicht im einzelnen auf alle bestehenden Schwierigkeiten hingewiesen, geschweige denn diese gelöst hat. So meint er,[2]) daß in Fällen, in welchen der Prinzipal selbst alles so speziell vorschreibt, daß für den Beauftragten keine Sphäre eines eigenen Entschlusses übrig bleibt, der Prokurator nur noch die Aufgabe eines Boten habe.

Die Lehre v. d. Ratihabition d. Rechtsgeschäfts S. 59; Regelsberger in Endemanns Handb. S. 396 ff.; Curtius S. 70/71; Mommsen S. 125; vgl. Fleck S. 338. Im einzelnen finden sich unter diesen Autoren erhebliche Meinungsverschiedenheiten, von denen die wichtigsten im Verlaufe der obigen Darstellung hervorgehoben werden.

[1]) S. 205.

[2]) S. 206.

2. Unterschied des speziell bevollmächtigten Stellvertreters vom Boten.

Dies führt uns auf die zuerst gelegentlich der Ulpian-Stelle[1]) gestreiften Frage, ob spezielles Mandat Stellvertretung in Botentätigkeit umwandle, wo also alsdann der Unterschied im Botenbegriff vom Stellvertreterbegriff liege, weil in diesem Falle beide doch nur eine ihnen aufgetragene Erklärung abgegeben haben? Mit anderen Worten, ergibt sich die gesuchte Trennungslinie etwa aus der größeren oder geringeren Bestimmtheit des Auftrages?[2]) Bei Verträgen ist es natürlich auch, trotz spezialisiertesten Auftrags, unserer Ansicht nach unstreitig, daß der Vertreter Stellvertreter bleibe; denn der Bote kann dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Begriff zufolge nicht für den Herrn ein Rechtsgeschäft abschließen. Nur scheinbar tut er dies, wenn er nämlich vom Gegenkontrahenten als Retourbote benutzt wird (oder wenn ihm mühsam alle zu schreibenden Worte mechanisch eingelernt werden); aber in derartigen Fällen tritt auch der Unterschied klar zutage, wenn man nur an das Widerrufsrecht denkt. Denn während im Falle wahrer Stellvertretung die Erklärung, die der andere Teil der Mittelsperson gegenüber abgibt, nicht mehr widerrufen werden kann, kann dies im Falle des Retourboten sehr wohl geschehen, solange dieser nämlich die Gegenerklärung noch

---

[1]) S. 12 d. Arb.

[2]) vgl. Schliemann S. 18.

nicht an seinen Herrn ausgerichtet hat.[1]) Unserer Ansicht nach wird der Stellvertreterbegriff keineswegs durch Spezialvollmacht ausgeschlossen. Die Bestimmtheit des Auftrags ist für den Begriff der Stellvertretung unerheblich, wie Laband besonders betont.[2]) Handelt es sich um Stellvertretung, so ist nach der Repräsentationstheorie formell-juristisch stets der Stellvertreter der Handelnde, auf dessen Willen und Wollen es ankommt.[3]) Für diejenigen, welche nach Windscheid[4]) Stellvertretung im Willen und Stellvertretung in der Erklärung trennen,[5]) ist es leicht erklärbar, daß sie im Falle einer genauen Spezialvollmacht den begrifflichen Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter zu leugnen und je nach ihrer sonstigen Stellungnahme in solchem Falle den Stellvertreter zum Boten zu degradieren suchen, oder aufs neue darauf hinweisen, daß der Bote ebenfalls ein Stellvertreter sei. Die Möglichkeit dieser Auffassung basiert eben auf der erwähnten behaupteten Möglichkeit, Wille und Erklärung könnten auseinanderfallen, die von Zimmermann[6]) richtig widerlegt worden ist. Nehmen wir als Wortführer der

---

[1]) Die Begründung dieses Widerrufsrechts ergibt sich aus der Natur des durch den Boten vermittelten Vertrags als eines solchen unter Abwesenden.

[2]) Laband S. 190.

[3]) vgl. Hölder, Pand. S. 298.

[4]) Pand. § 73 S. 296.

[5]) s. S. 51 d. Arb.

[6]) S. 17 ff.

gegnerischen Ansicht Mitteis, der sich seinerseits gegen Zimmermann wendet.[1]) Er sagt, Wille und Erklärung brauchen nicht immer zusammenfallen, es wäre falsch, zu sagen, daß, wenn der Stellvertreter nach außen erklärend auftritt, bloß sein Wille für das Rechtsgeschäft maßgebend sei: „Die erklärende Person hat in solchen Fällen (Fällen des Spezialmandates) gar keinen Willen, den man der Erklärung zugrunde legen könne." Ferner (S. 117): „Es kann also auch juristisch nur jener Wille für das Rechtsgeschäft durch Stellvertretung maßgebend sein, der dasselbe psychologisch erzeugt habe, ... ein vom psychologischen verschiedener juristischer Willen ist ein Phantom ohne Realität". Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden. Sie beruht auf der unrichtigen Theorie über die Stellvertretung, wonach der Vertretene allein oder doch in erster Linie der wahre Handelnde ist. Hiermit wird jedoch das Wesen der Vollmacht verkannt. Vermöge dieser hat der Vertreter die rechtliche Befugnis, auf das Rechtsgebiet des Vertretenen nach Maßgabe jener Vollmacht einzuwirken. In ihrem Rahmen darf er sich als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten führen, die dem Vertretenen zustehen.[2]) Er nimmt die Rechtshandlungen nicht als Subjekt, sondern wie ein Subjekt vor, d. h. er handelt im Namen des Vertretenen.[3]) Der Mitteis'sche

[1]) S. 115 ff.

[2]) vgl. Schott S. 72.

[3]) Maier S. 15; Regelsberger, Pand. S. 585/86; Schott S. 73/74.

Standpunkt verkennt den Kausalismus im Recht, indem er die juristische Qualität der Vollmacht (resp. Ratihabition) als Recht erzeugenden Faktor nicht einsieht. Einmal ist ein vom psychologischen Willen verschiedener durchaus kein Phantom, und vor allem hat in dem Mitteisschen Fall des speziell instruierten Vertreters gar nicht der Vertretene, sondern eben der Vertreter den eigentlichen juristischen Willen; denn nach den herrschenden Grundsätzen der Stellvertretung ist ja der innere Zustand des Vertreters ausschlaggebend, also liegt bei ihm der juristische Wille, der psychologische oder besser der natürliche Wille liegt möglicherweise im Prinzipal. Aber kraft der Vollmacht hat ihn der Vertretene genau so gut wie der Geschäftsherr, nicht daß der letztere etwa den natürlichen, ersterer aber den juristischen Willen hat. Also auch wenn man Mitteis zugeben wollte, es gebe keinen vom psychologischen verschiedenen juristischen Willen, so ändert das nichts an der Tatsache, daß dann auch im Falle der Spezialvollmacht immer noch der Vertreter der Kontrahent bleiben könne, daß er psychologisch-juristisch der Wollende ist, wenn sein Wille sich auch laut Vollmacht mit dem des Herrn deckt.[1]) Also auch im Falle der Spezialvollmacht

[1]) Unter den Neueren hat sich Mitteis Crome S. 151 ff. angeschlossen. Er sagt: „Wenn ein Vertreter prinzipiell auch seinen Willen erklärt, so handelt er doch vielfach nach Instruktion, die der Vertretene ihm gibt, und insoweit diese Instruktionen reichen, ist er wesentlich Träger und Organ des fremden Willens, so daß seine Stellvertretung schließlich in die des Boten als eines mechanischen Erklärungswerkzeuges übergeht."

muß und kann man an der Trennung von Bote und Stellvertreter festhalten. Wir sahen, daß alsdann im Falle einer Stellvertretung der Vertreter der wahre Kontrahent sei, während im Falle der Botschaft nicht der Bote, sondern der Herr der Handelnde ist. Die Mittelsperson ist im ersten Falle keineswegs nur Erklärungsorgan, wohl aber natürlich im zweiten Falle. Der Unterschied ist nicht müßig, es kommt nicht auf dasselbe hinaus, ob man ihn macht oder nicht; denn auch bei der speziellsten Vollmacht muß der juristische Wille des Vertreters berücksichtigt werden, freilich nur vom Standpunkt der herrschenden Repräsentationstheorie aus, die an dem erwähnten generischen Unterschied festhält.

Folgendes Beispiel möge unsere Ausführungen verdeutlichen. A erteilt dem B den ganz speziellen Auftrag, ein ihm dem A bekanntes Pferd von C zu kaufen. B kennt einen Mangel des Pferdes, und C weiß von B's Kenntnis. Entsprechend seiner Vollmacht schließt B den Kaufvertrag ab. Kann A den Mangel geltend machen? Nein, es kommt auf den inneren Zustand des Vertreters an, der aber schloß den Vertrag in Kenntnis des Mangels ab, so daß C der von B's Kenntnis wußte, auch nicht arglistig war. Nach Mitteis[1]) ist der Vertreter mit Spezialvollmacht nur ein Bote. Es käme demnach im obigen Beispiele auf den inneren Zustand des A an, und dieser könnte entgegen unserer Ansicht den Vertrag wegen

[1]) s. § 33 S. 277.

des Mangels, wegen Arglist des diesen Mangel kennenden C anfechten. Diesem aber hülfe es nicht, daß er sich auf die Kenntnis des B beruft. Mitteis[1]) sagt ausdrücklich, hatte der Stellvertreter Spezialauftrag, so ist sein Irrtum immer irrelevant, mag er als Bote oder selbsthandelnd aufgetreten sein, wenn er nur den Willen des Geschäftsherrn richtig erklärt hat. Man sieht also Gleichstellung mit einem Boten. Mitteis betont mit besonderer Schärfe, entscheidend sei der Wille desjenigen, der wirklich Willensproduzent sei. Das ist auch durchaus anzuerkennen. Der Fehler liegt in der Verkennung des Umstandes, daß auch beim speziellen Auftrag der Vertreter Willensproduzent bleibt. Eine eingehendere Untersuchung dieser Frage ist hier nicht angebracht, sie würde mehr in das Gebiet der Vollmachtslehre überhaupt und nicht nur, insoweit diese mit der Botschaft zusammenhängt, fallen. Für das gemeine Recht ist daran festzuhalten, daß das Handeln des Vertreters mit Spezialvollmacht nicht bloßer Botendienst, Vertretung in der Erklärung und dergl. ist. Es bleibt die Wahrheit der oben zitierten Stelle[2]) bestehen: „Verius est eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus est". Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies zu gelten, wenn wir nach den in den Protokollen enthaltenen Ausführungen interpretieren.[3]) Dort ist ge-

---

[1]) S. 273.

[2]) l. 1 § 1 D. 3, 3.

[3]) s. S. 28 d. Arb. Anm. 3.

sagt, daß auch dem Bevollmächtigten, der nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers handele, den in seiner Person vorhandenen Willensmängeln Einfluß beizumessen ist. In unserem Beispiele hätte sich die Vertretereigenschaft des B auch darin zeigen können, daß B, der den Mangel des Pferdes kennt — wir nehmen diesmal an, er hat ihn vor der Abgabe der Akzeptationserklärung bemerkt —, trotz der Spezialvollmacht nicht abzuschließen brauchte, resp. wenn er gezwungen wurde, anfechten konnte. In den Protokollen wird hervorgehoben, daß, wenn er wirklich als Vertreter auftrete, ihm zum mindesten die Willensentscheidung darüber bleibe, ob er die ihm aufgetragene Willenserklärung abgeben wolle oder nicht.

So sagt auch Planck,[1]) die Vertretung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Vertreter verpflichtet ist, nach bestimmten Weisungen zu handeln. Diese Ansicht findet im Gesetz selbst eine Stütze im § 166, auf Grund dessen der Wille des Vertreters stets, also auch im Falle der Spezialvollmacht, der entscheidende ist, wie wir schon oben betonten,[2]) daß zum mindesten formell-juristisch stets der Vertreter der Willensproduzent sei. Es ist daher irrig, wenn Crome[3]) noch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Schwierigkeiten, die gesuchte Grenzlinie zu finden, darin sieht, daß der Stellvertreter mit

[1]) Planck S. 283/84.

[2]) S. 33 dieser Arb.

[3]) S. 455.

Spezialvollmacht Botendienste leiste. Vielmehr ist diese Schwierigkeit durch das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Wege geräumt worden, und somit hat es durch seine Darstellung der Vertretungslehre wenigstens indirekt die Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter erleichtert.

3. Die Frage der quantitativen Beschränkung des Botenauftrags.

Eine weitere Gefahr der Unmöglichkeit, die scheinbar ineinander übergehenden Begriffe des Boten und Stellvertreters auseinanderzuhalten, liegt in der Frage nach einem event. Spielraum zu eigener Willenstätigkeit des Boten. Konsequenterweise sollten alle Schriftsteller, die an dem prinzipiell aufgestellten Begriff des Boten als eines bloßen Übermittlungswerkzeuges festhalten, keinerlei derartigen Spielraum gewähren. Dies geschieht aber keineswegs. So sagt Zimmermann[1]) einerseits, der Bote sei nur Organ, nicht anders wie die Zunge oder der Brief. Er unterscheidet, wie erwähnt,[2]) den Gehilfen in der bloßen Beschlußfassung und den in der bloßen Erklärung des Willens. Betreffs letzterer Kategorie, in die der Bote gehört, sagt er nun, daß keiner unter dieselbe falle, der in irgend einer Hinsicht Stellvertreter genannt werden könne. „Der Bote ist dem Absender in dessen Willenserklärung behilflich", d. h. eine Willenserklärung des Boten liegt nicht vor; bis hierher sind wir mit ihm

[1]) S. 18 ff.

[2]) s. S. 3 d. Arb. Anm. 2.

ganz einer Meinung; w. u. S. 22 sagt er aber andererseits, im Gegensatz zu dem Vergleich mit der Zunge, daß der Begriff des Boten nicht dadurch ausgeschlossen sei, daß der Mandant ihm die Entscheidung überlassen habe, ob es zu einem Rechtsgeschäft kommen solle oder nicht, resp. zu welchem Rechtsgeschäft es kommen soll. Er sagt ausdrücklich, der Spielraum könne beim Boten ganz derselbe sein wie beim Stellvertreter. Wesentlich sei nur, daß er nach außen hin als bloßer Überbringer einer fremden Willenserklärung auftrete, und daß die Instruktion mit diesem Auftreten übereinstimme. Hierbei erklärt sich der Prinzipal eben ohne Präzision. Der Stellvertreter dagegen trete als selbstwollend auf. Zimmermann schließt sich mit diesen Ausführungen zum Teil Schliemann[1]) an, der, wie wir auch, auf eine scharfe Trennung des Innen- und des Außenverhältnisses dringt. Aber gerade das tut Zimmermann nicht, sonst könnte er nicht den Boten von innen heraus mit einem Organ wie die Zunge vergleichen, hinterher aber erklären, es käme bezüglich des Botenbegriffs ganz auf das äußere Auftreten an. Damit werden die eingangs gestellten Fragen miteinander vermengt, so daß man auf diese Weise zu keinem klaren Begriff, zu keiner scharfen Abgrenzung gelangen kann. M. E. darf dem Boten als einem lediglich passiven Organ keinerlei Spielraum zur Willensbetätigung, ähnlich der des Stellvertreters, zugebilligt werden. Tut man dies

[1]) S. 17. über Schliemanns bes. Theorien s. S. 60 d. Arb.

dennoch, so handelt es sich nicht mehr um einen Boten, sondern um einen Stellvertreter. Ob der wahre Bote nach außen hin sich so oder so geriert, und welchen Einfluß das auf die Frage des Vertrauensschutzes zugunsten etwaig getäuschter und geschädigter Dritter hat, das ist eine Frage ganz für sich, die mit der nach dem Begriff des Boten als solchem nichts zu tun hat. Der Vorwurf, der Zimmermann in dieser Hinsicht zu machen ist, trifft m. E. noch eine Reihe anderer Autoren, bei deren Studium man oft genug an verschiedenen Stellen scheinbar das Gegenteil oder doch eine Abänderung einer vorher behaupteten Meinung lesen kann. Das erklärt sich jedoch dann stets damit, daß jene Schriftsteller nicht hinzufügen, ob sie in diesem Falle vom Botenbegriff reden, in jenem aber von der Bedeutung des äußeren Auftretens. Es wäre seltsam, wie sich sonst Zimmermann z. B. den Unterschied des Boten vom Stellvertreter denkt, wenn er beiden den gleichen Spielraum läßt. Er spricht ausdrücklich dem Boten den Charakter eines Stellvertreters ab, auch den eines Vertreters in der Willenserklärung. Wir können jedenfalls denen nicht zustimmen, die den Boten als bloßes Übermittlungsorgan betrachten, ihm dennoch aber gewisse Konzessionen machen, die ihn unserer Ansicht nach sofort zum Stellvertreter umwandeln. So wenig wie eine Botschaft ohne einen sinngemäß kongruenten Auftrag m. E. denkbar ist, so wenig darf der Bote auch nur im geringsten den Willen des Prinzipals vervollständigen, präzisieren usw.

Wir wiesen schon darauf hin, daß gerade hinsichtlich der quantitaven Beschränkung des Botenauftrags die Meinungen sehr auseinandergingen. Von einer herrschenden Meinung in dieser Frage kann deshalb nicht gesprochen werden, weil eine ganze Reihe der oben aufgezählten Autoren zu ihr keine unmittelbare Stellung genommen hat. Freilich unter denen, die dies getan haben, sind die meisten Vertreter der von uns bekämpften Ansicht. So außer Zimmermann besonders noch Laband,[1] Schliemann, Curtius, Regelsberger. Folgt man den genannten Autoren, so verliert man die Grenzmöglichkeit wieder unter den Händen. Wie man einerseits den Stellvertreter nicht zum Boten werden lassen darf, weil er einen bestimmten Auftrag hat, so darf man andererseits dem Boten nicht gestatten, irgendwie den Geschäftswillen zu vervollständigen. Andernfalls käme man dann zu der heute noch von Cosack[2] vertretenen Ansicht, die Begriffe seien flüssig und gingen ineinander über. Regelsberger[3] überläßt ebenfalls dem Boten eine gewisse Wahl, ob abgeben oder nicht abgeben, ob ja oder nein, ob 10 oder 15; er meint, dies ginge an, ohne daß die Mittelsperson aus der Sphäre des Boten hinaustrete.

---

[1] Laband S. 190; Schliemann S. 17; Curtius S. 74; Regelsberger S. 398 in Endemanns Handb.

[2] S. 250.

[3] In Endemanns Handb. S. 397 ff. u. Pand. S. 586. — R. sagt, auf den obigen Boten passe besser als wie auf den Vertreter die Thölsche Formel. Er erzeuge dem Herrn einen bestimmten Willen.

So sagt auch Curtius[1]): „Ob kontrahiert werde, kann von dem Boten abhängen, aber nicht der Inhalt des Vertrages". Das erscheint widerspruchsvoll, da man meinen sollte, daß, wer über das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts überhaupt entscheiden darf, um so mehr im einzelnen ebenfalls eine Willenswahl haben könne. Betrachten wir zunächst den Fall, daß es dem Boten überlassen ist, ob er eine Erklärung abgeben will oder nicht. Wenn es überhaupt vorkommen sollte, daß jemand eine für ihn rechtlich bedeutsame Willenserklärung in das Belieben einer Mittelsperson, die nicht Stellvertreter ist, stellen sollte, so liegt m. E. ein rechtsgeschäftlicher Wille des Boten gar nicht vor. Richtet er nämlich die Botschaft aus, so hat er nicht etwa statt des Herrn eine Entscheidung getroffen, ob z. B. gekündigt werden solle oder aber nicht — tut er das, so liegt m. E. unzweifelhaft Stellvertretung vor —, er hat lediglich auftragsgemäß die Botschaft ausgerichtet. Denn, wenn ich jemandem sage, du kannst dies ausrichten, du kannst es aber auch lassen, so habe ich damit den Auftrag erteilt, und der Nachsatz befreit lediglich den Boten in einer Beziehung von der Verpflichtung, die er auf Grund des Mandats normalerweise übernimmt. Der Bote weiß dann, wenn ich die Botschaft nicht ausrichte, so kann mir kein Rechtsnachteil daraus entstehen; denn der Prinzipal hat es in mein Belieben gestellt, zu erklären oder nicht. Also nur die Boten-

[1]) S. 75.

tätigkeit als solche, das Ausrichten an sich, ist dem Boten überlassen, und es ist allerdings eine unvermeidliche, aber vom Willen des Boten unabhängige Konsequenz, daß je nach seiner Entscheidung Rechtswirkungen für den Herrn entstehen oder nicht. Bei einem Rechtsgeschäft, das keinen Aufschub duldet, wird gewiß kein vernünftiger Prinzipal es dem Boten freistellen, den Gang zu machen oder nicht. Wenn die Hausfrau dem Dienstmädchen den Auftrag erteilt, beim Kaufmann 20 Pfund Zucker zu bestellen, und hinzufügt, es hat aber noch Zeit, so stellt sie es offenbar bis zu dem Tage, wo der Zucker gebraucht wird, in das Belieben des Mädchens, den Auftrag früher oder später auszuführen. Genau so sind die Fälle zu behandeln, wo überhaupt das Ausrichten einer Bestellung, auch ohne den Rahmen einer bestimmten Frist, im Belieben des Boten steht. Sollte in solchen Fällen aber tatsächlich der Inhalt der Erklärung im Belieben stehen, so liegt Stellvertretung vor,[1]) denn es handelt sich dann darum, daß dem Herrn ein Willensentschluß erspart wird. Wir wiesen schon darauf hin, daß nach einer in den Protokollen[2]) aufgestellten Ansicht schon der ein Vertreter ist, dem nur die Wahl, ob er die Erklärung abgeben wolle oder nicht überlassen ist. Man sieht also, daß das moderne Recht die Tendenz hat, den Begriff des Stellvertreters möglichst weit zu fassen und dem-

[1]) Der Bote beschafft eben nicht die Willenserklärung, wie Schliemann S. 21 behauptet; vgl. S. 55 d. Arb.

[2]) vgl. S. 38 d. Arb.

zufolge den des Boten möglichst eng. Ist also dem Boten nur die Botentätigkeit anheimgestellt, so hat seine Entscheidung keine rechtsgeschäftliche Bedeutung. Es kommt eben nicht darauf an, ob die Mittelsperson überhaupt wählen darf, sondern was sie wählen darf.[1]) Auch darin, daß der Bote die Worte oft selber zu wählen hat, liegt m. E. keine juristisch bedeutsame Willensbetätigung, sondern ein nur mechanisches Handeln.[2])

Aber auch in geringerem Umfange darf ein Spielraum nicht gestattet werden. Thöl sagt daher mit Recht: „Wenn der Wille der Mittelsperson erforderlich ist, so ist sie nicht Bote, sie trägt nicht meinen Willen, sie erzeugt mir einen Willen". Hieraus folgt klar, daß es sich in dem bekannten Labandschen Beispiel (eine Mittelsperson wird mit einem Rezept in die Apotheke gesandt, es wird ihr aber nicht gesagt, in welche Apotheke sie gehen soll, oder sie soll Zigarren oder Wein holen, es wird aber nicht die Sorte angegeben) um Vertretung handelt[3]) und

[1]) So Leonhard S. 296/97: „Denn wenn einem Boten die Willenswahl bleibt, ob er einen Brief im Laden oder in der Wohnung abgeben will, so wird er dadurch nicht zum Stellvertreter." Das Analoge liegt hier darin, daß der Bote auf einem für den Geschäftswillen bedeutungslosen Gebiete wählen darf.

[2]) A. M. Cosack S. 216 Anm. 90 a. a. O., S. 232; vgl. auch Brinz, Pand. S. 1597; Vangerow S. 289 u. 294; Curtius S. 70; Wächter S. 414; Hellmann S. 12.

[3]) So sagt auch Fleck S. 387: „Stellvertretung — nicht Botschaft — liegt immer dann vor, sobald die Mittelsperson zwischen mehreren Sorten zu wählen hat".

nicht um Botendienst; denn hier hat der Bote einen Willen zu produzieren in bezug auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes. Laband widerspricht sich, wenn er gleichviel sagt,[1]) der Bote sei kein produktiver Faktor bei der Entstehung des Rechtsgeschäftes. Wenn jemand den Apotheker auswählt, mit dem kontrahiert werden soll, so wählt er ja die Person des Gegenkontrahenten, die in manchen Fällen entschieden von wesentlicher Bedeutung sein kann für das Wohl und Wehe des ganzen Geschäftes. Ist der Bote ein begrifflich willenloses Werkzeug,[2]) so kann man ihm nicht irgend einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Vorgangs überlassen. Nach der Mitteis-Dernburgschen vermittelnden Theorie würde es sich im obigen Beispiel um einen Fall von Stellvertretung handeln, indem der Vertreter und der Vertretene den Geschäftsinhalt, jeder zu einem bestimmten Anteil, festsetzen. Der Vertreter hatte zum Teil genaue Vollmacht, zum Teil ist seinem Willen eine gewisse Entscheidung überlassen, er soll durch seinen Entschluß den des Prinzipals vervollständigen. Ebenso liegt nach der Repräsentationstheorie ein Fall von Stellvertretung vor. Für unsere Ansicht führen wir Hölder an.[3]) Er sagt, ein bloßer Bote sei derjenige nicht, welchem eine Willensentscheidung, sei

---

[1]) Laband S. 192.

[2]) So Laband S. 192; v. Savigny II S. 57; Unger S. 131.

[3]) S. 296.

es bezüglich des Inhalts oder bezüglich seiner Vollziehung, anheimgegeben ist.

Von dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Frage nach der quantitativen Beschränkung des Botenauftrags nicht entschieden. Warum das nicht geschehen ist, hebt eine Bemerkung in den Motiven[1]) hervor: „Wie weit der Begriff der Übermittlung reicht, ob der Bote auch dann Bote bleibt, wenn ihm freigestellt ist, zwischen mehreren Willenskundgebungen des Erklärenden zu wählen oder wohl auch die Kundgebung zu unterlassen, mag unter Umständen zweifelhaft sein, eignet sich aber nicht zur Entscheidung durch das Gesetz". Jedenfalls steht die Ansicht der Motive der unsrigen nicht entgegen. Denn es heißt weiter: „Im allgemeinen wird festzuhalten sein, daß soweit der Person, deren man sich bedient, eine Willenswahl offen gelassen ist, die Grundsätze von der Stellvertretung Platz zu greifen haben". Diese Ausdrucksweise rechtfertigt unseres Erachtens nahezu unsere Ansicht. Nimmt man hinzu, daß in § 120 der Bote auf eine Stufe gestellt ist mit dem Schreiber, dem Kopisten, Telegraphenbeamten usw., so darf man das Bürgerliche Gesetzbuch eher für die Meinung in Anspruch nehmen, daß der Bote keinerlei Spielraum rechtsgeschäftlich zur Willensbetätigung haben darf. Aber auch von neueren Autoren wird das Gegenteil behauptet. So sagt Planck,[2]) der

---

[1]) Bd. 1 S. 223.

[2]) S. 283; vgl. ferner Leonhard S. 296; S. 45 d. Arb. Anm. 1.

Bote höre nicht dadurch auf Bote zu sein, daß ihm von dem Geschäftsherrn die Wahl überlassen sei, welche von mehreren Erklärungen er überbringen wolle. Kohler erklärt[1]) ebenfalls, dem Boten könnten wahlweise verschiedene Erklärungen zur Übermitlung anvertraut werden. Er räumt dem Boten eine gewisse Einwirkung auf das Geschäft ein. Indem er aber fortfährt, dies sei nur tatsächlich, es hänge mit der Art seiner Rechtsstellung nicht zusammen, betont er wohl eine der unsrigen analoge Auffassung, wofür ja auch sein Vergleich des Boten mit einem Phonographen spricht.

Als Beweis für die Möglichkeit der Willenswahl bei der Botschaft weist Cosack[2]) z. B. auf den Botendienst des Kindes hin. Da ja der herrschenden Ansicht nach der Wille des Boten nicht erforderlich ist, so wird allgemein anerkannt, daß auch ein Kind, ebenso ein Wahnsinniger Bote sein kann. Es erscheint mir nun als ein circulus vitiosus, wenn man Kinder, die einen rechtsgeschäftlichen Willen gar nicht betätigen können, als Boten anerkennt, und zwar aus dem angegebenen Grunde, hernach aber sagt, das Kind, welchem eine Willenswahl offen bleibt, könne wegen seiner Handlungsunfähigkeit kein Vertreter sein, es bleibe also nur übrig anzunehmen, es gibt Botendienst mit Willenswahl. Demgegenüber muß bemerkt werden, daß so wenig wie der nur natürliche

---

[1]) S. 431.

[2]) S. 216.

Wille des geschäftsfähigen Boten, den er wie oben in dem Leonhardschen Beispiele[1]) betätigt, ihn zum Vertreter macht, so wenig er eben einen juristisch bedeutsamen Willen betätigt, ebensowenig dies das Kind tut, wenn es tatsächlich z. B. eine von mehreren Puppen auswählt. Es kann gar keinen rechtsgeschäftlichen Willen betätigen, es handelt sich wie oben beim Boten nur um seinen natürlichen Willen, und deshalb halten wir die Folgerung für irrig, daß der Bote im allgemeinen, d. h. also nicht nur die Kinder, sondern auch die vollgeschäftsfähigen Mittelpersonen juristisch bedeutsamen Einfluß auf den Inhalt des von ihm vermittelten Rechtsgeschäftes ausüben können.

Es wäre ganz besonders auch deshalb unbillig, da ja der Bote nicht unmittelbar haftet,[2]) denn auf seine Person kommt es ja nicht an, in dem Sinne wie es nach § 166 BGB. beim Vertreter der Fall ist. Der Bote soll und darf nichts andres tun, als eine fertige Willenserklärung weitertragen, er ist eben nur eine Art Sprachrohr.

Eine auf den ersten Blick sympathische Ansicht vertritt meines Wissens als einziger Maier.[3]) Auch er bekämpft diejenigen, die dem Boten Willenswahl einräumen, aber er kann sich nicht entschließen, in Fällen wie dem obigen

---

[1]) S. 45 dieser Arbeit Anm. 1.

[2]) S. 78 ff. dieser Arbeit.

[3]) a. a. O. § 6.

eine Vertretung anzunehmen. Um nun aber den Willen des Boten, der seiner begrifflich richtigen Botendefinition im Wege ist, leugnen zu können, stellt er folgende Behauptung auf. Er sagt, ein tatsächlich unbestimmter Auftrag könne juristisch dennoch bestimmbar sein und somit auch übermittelbar. Der Charakter seiner Unbestimmtheit sei das billige Ermessen, nicht der Wille des Boten, und auf diese Weise bleibe der Wille des Prinzipals auf dem Umwege über das billige Ermessen der entscheidende Faktor für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts. In dem angegebenen Beispiel wäre es nicht der Bote, der die Apotheke, die Zigarren, die Weinsorte auswähle, sondern der Herr, da nämlich der Bote nach billigem Ermessen wissen müsse, was sein Herr haben wolle. M. E. ist das zwar öfters der Fall (und dann rede ich nicht mehr von einem unbestimmten Auftrage, sondern von einem bestimmten), aber wie ist es, wenn der unausgesprochene Wille des Prinzipals nicht unzweifelhaft feststellbar ist durch das billige Ermessen?

Maier stellt die Entscheidung des Boten nach billigem Ermessen als etwas rein Faktisches, Mechanisches, wie seine sonstige Tätigkeit überhaupt hin. Das ist unrichtig, denn entweder es ist sein Auftrag nur scheinbar unbestimmt, und nicht tatsächlich, dann war eben eine besondere vervollständigende Erklärung seitens des Prinzipals überflüssig und der Bote führt gleichwohl einen bestimmten Auftrag aus, oder er hat einen tatsächlich unbestimmten Willen zu präzisieren, dann handelt er als Vertreter,

gleichviel ob er nach Gutdünken oder nach billigem Ermessen präzisiert. Außerdem muß gesagt werden, daß der Begriff des billigen Ermessens ein viel zu dehnbarer ist, mit dem die Schwierigkeiten der Abgrenzung höchstens vermehrt werden. Man könnte bei der nötigen Weitherzigkeit auch damit in dem Beispiel, das Schliemann[1]) unter anderm gibt — er läßt den Boten unter zwei Pferden wählen — behaupten, der Bote sei Bote geblieben, er habe ja nach billigem Ermessen gehandelt, also sei der Wille des Prinzipals der allein bestimmende geblieben. Dabei hätte der Prinzipal selbst vielleicht gar nicht dem billigen Ermessen entsprechend gewählt, sondern nach ganz anderen Gesichtspunkten. Wir kämen damit zu der von uns bekämpften Ansicht wieder zurück und können daher Maiers Meinung nicht billigen.

4. Der Bote ist kein Vertreter in der Erklärung (Windscheid).

Es war bereits der Windscheidschen Trennung[2]) des Vertreters im Willen und in der Erklärung gedacht worden. Auch in ihr liegt eine Gefahr, die Unterscheidungsmöglichkeit zu verlieren. Windscheid begnügt sich hinsichtlich der Unterscheidungsmöglichkeit vom Boten und Stellvertreter mit der Konstatierung, daß die Willenserklärung durch andere vermittelt und die Willensproduktion anderer mit Wirkung für einen Nichtwollenden

[1]) S. 15.

[2]) S. 33 d. Arb.

verschiedene Dinge seien.[1]) Wir hatten auch schon auf Zimmermann hingewiesen und wollen hier seine Ansicht, der wir uns anschließen, kurz erläutern. Er bestreitet die Möglichkeit eines konkreten Auseinanderfallens von Willensentschluß und Willenserklärung. Das seien nur Quantitäten desselben Dinges, des Willensaktes. Auch wir meinen, daß juristisch nichts Willensäußerung genannt werden kann, was nicht Äußerung eines eigenen Willens ist. Der Absender des Boten hat den rechtsgeschäftlichen Willen und er ist der Erklärende, er erklärt aber nicht selbst, sondern unter Beihilfe des Boten. Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, daß der Bote nur ein Organ ist, mittels dessen eine bereits fertige Willenserklärung transportiert wird an den anderen Teil. Man darf daher bei der Stellvertretung nicht so wie Windscheid unterscheiden, denn wenn auch der Vertreter vollmachtsgemäß genau den Willen des Prinzipals erklärt, so spricht er ihn, wie wir schon gesehen haben, doch als seinen eigenen aus; wenn jedoch der Bote auftragsgemäß einen fremden Willen erklärt, so vertritt er den Herrn nicht in der Erklärung, in dem Sinne, wie dies der Vertreter tut, indem letzterer zugleich Vertreter im Willen und in der Erklärung ist, sondern der Bote trägt die fertige Erklärung nur dem andern Teile zu.[2])

---

[1]) So charakterisiert richtig Hellmann S. 5.

[2]) Man sollte nun meinen, daß Windscheid, indem er den Boten einen Vertreter in der Erklärung nennt, der Ansicht wäre, daß

Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist der Windscheidsche Unterschied schon deshalb in Fortfall gekommen, weil es unter Vertreter nur Vertreter im Willen versteht. Es hat also diese Frage beseitigt. Bezug auf sie genommen wird in den Motiven[1]): „Ob für die Theorie es förderlich ist, neben der Vertretung im Willen von der Vertretung in der Erklärung als einem Mittelgliede zwischen der einfachen Vertretung und dem einfachen Handeln für andere zu reden, darf dahingestellt bleiben. Im Entwurf ist eine solche Sprache vermieden". Man sieht, daß auch hier das richtige Gefühl für das Bürgerliche Gesetzbuch als maßgebend erachtet worden ist, daß man mit der Windscheidschen Unterscheidung eine Zwischenstufe schaffe, die nur dazu beitragen würde, die ohnehin schwierige Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter nahezu unmöglich zu machen.

die Erklärung erst dann erfolgt sei, wenn der Bote sie statt seiner abgegeben habe, er sagt aber genau das Gegenteil (§ 309 S. 277): „Die Erklärung ist vollendet mit der Erteilung des Auftrages an den Boten". Konsequent wäre es demnach, wenn Windscheid unserer Meinung folgte, daß der Bote nur die Erklärung transportiert. — Zu der Windscheidschen Kennzeichnung des Boten als eines Vertreters in der Erklärung neigend seien besonders angeführt Arndts S. 126 Anm. 2, Mitteis S. 131, Schliemann S. 21 u. 25. Mehr äußerlich folgt Leonhard (Anfechtung der Verträge für das Vermögen eines Dritten) obiger Auffassung. Er nennt den Boten Vertreter im Überbringen des Erklärungsinhalts. Sachlich ist das genau unsere Ansicht, denn bei dieser Definition bleibt dem Boten keine Vertretung in der Erklärung nach Windscheid übrig, sondern nur die mechanische Dienstleistung.

[1]) Bd. 1 S. 223.

5. Bote und Briefträger sind begrifflich dasselbe.

Indem wir also den besagten Unterschied fallen lassen, fällt für uns auch der von einigen behauptete Unterschied des Überbringers eines Briefes, des Briefträgers, von dem Überbringer einer mündlichen Erklärung, dem Boten, fort. Der Bote transportiert seinen mündlichen Auftrag gerade so wie einen Brief, es ist m. E. daher keinerlei Unterschied zu machen. Unserer Ansicht ist ausdrücklich Laband.[1]) Zimmermann, der in Konsequenz der oben behandelten richtigen Ansicht, es gäbe keinen besonderen Vertreter in der Erklärung, den jetzt in Frage stehenden Unterschied gleich uns leugnen sollte,[2]) meint dennoch, der Briefträger sei nicht ein Organ wie der Bote, er sei nur ein Gehilfe beim Gebrauch eines Organes, nämlich des Briefes. Nach diesem Autor bedient sich also der Prinzipal des Briefes wie eines Boten im engeren Sinne, und zu diesem Zwecke bedient er sich eines Boten als Transportwerkzeug. Wir meinen aber, es sei im Falle des Briefträgers, weder der Bote als bloßes Transportmittel noch der Brief als solcher Erklärungsorgan, vielmehr bilden beide zusammen das Organ, genau wie der Bote eins ist mit der in seinem

---

[1]) S. 189. Ob man dem anderen Kontrahenten einen versiegelten Brief übersendet oder den Vertragswillen mündlich bestellen läßt, ist juristisch gleichgültig. — Vgl. Schott S. 70/71. Bote und Briefträger unterscheiden sich juristisch in gar nichts.

[2]) S. 20.

Gedächtnis ruhenden Erklärung. Aus diesem heraus hat er sie abzugeben, wie den Brief aus der Hand.[1])

Wem der mündliche Bote unzuverlässig erscheint, der übergibt ihm eben die Erklärung als Brief, darin liegt kein juristisch irgendwie bedeutsamer Unterschied. Daß im Falle des Briefes die Erklärung wirksam auch durch einen anderen als den gewählten Boten befördert werden kann, ist ebenfalls nur ein äußerlicher, tatsächlicher Unterschied, da man eine Erklärung, die man mittels seines Gedächtnisses transportiert, nicht wie einen Brief verlieren kann. Schliemann hat die hier bekämpfte Ansicht. Er sagt,[2]) der Bote teile den Willen mit, der Briefträger die Willenserklärung. M. E. ist das nur ein Wortstreit, man kann ebensogut sagen: der Bote und der Briefträger übermitteln eine ihnen übergebene Willenserklärung, wodurch der scheinbare Unterschied wieder verwischt wird. Es ist fehlerhaft, zu sagen, der Bote beschaffe erst die Erklärung.[3]) indem er sie ausspreche. Die Erklärung hat der Prinzipal beschafft, nicht der Bote.[4]) Schliemann und

---

[1]) Dabei ist keineswegs notwendig, daß es sich um ein mechanisches Weitertragen handle, wie Bähr verlangt. Es genügt, daß der Bote begrifflich die Erklärung weitergibt. Richtig sagt Regelsberger S. 396, der Bote ist kein mechanisches, aber gleichwohl tatsächliches Werkzeug.

[2]) S. 6.

[3]) Schliemann S. 21.

[4]) vgl. oben S. 51 ff. d. Arb. Insbesondere Leonhard (S. 53 u. d. Arb.): „Der Bote ist Vertreter im Überbringen des Erklärungsinhalts".

Zimmermann unterscheiden auf Grund ihrer Ansicht nach Iherings Vorgang juristische und faktische Mitwirkung. Der Bote übt nach ihnen eine juristische Tätigkeit, der Briefträger eine faktische aus. Damit steht im Widerspruch, wenn Zimmermann sagt, der Bote sei nur ein Organ, nichts anderes wie die Zunge[1]) oder der Brief. In dieser Definition ist der dennoch behauptete Unterschied deutlich geleugnet. So wenig wie der Brief juristisch tätig sein kann, so wenig ist die Mitwirkung des Boten eine juristische zu nennen, er leistet auch nur einen mechanischen Dienst. Auch Regelsberger[2]) konkonstatiert den seiner Ansicht nach bedeutungsvollen Unterschied. Er spricht von Transportwerkzeug und Erklärungswerkzeug, aber jedenfalls stets nur von einem Werkzeug. Die Mehrzahl der Autoren macht jedoch den Unterschied nicht, auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es hält an der römischrechtlichen Auffassung fest, die den Nuntius mit der epistola zusammenstellt und damit nicht etwa den Brief für sich, sondern den Briefträger dem Nuntius gleichstellt. In § 120 ist jedenfalls jeder Unterschied fallen gelassen worden.

Das heißt m. E. deutlich, der Bote trägt die wörtliche Erklärung weiter, er beschafft sie nicht. — Hölder S. 296ff.: „Wäre die Erklärung erst durch die Mitteilung des Boten vollendet, so wäre auch der Bote ein Stellvertreter, während er sich von diesem in Wirklichkeit unterscheidet als bloßer Überbringer der durch seine Absendung in gleicher Weise wie durch Absendung eines Briefes vollzogenen Willensäußerung."

[1]) vgl. S. 39 d. Arb.

[2]) S. 397.

6. Kurze Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.

In dem Bestreben, die Grenzlinie der in Frage stehenden Begriffe zu finden, sind wir bisher vom Weitsten zum Engsten vorgegangen. Wir lehnten zuerst die Savignysche Lehre ab, da sie überhaupt keinen Unterschied ergab; wir sahen ferner, daß auch die auf falschem Wege sind, die zwar den Unterschied zugeben, aber den Boten generisch dennoch als einen Vertreter betrachten. Wir stellten fest, generisch sei der Bote etwas anderes. Wir kamen sodann zu dem Resultat, daß einerseits die Grenze durch den Vertreter mit Spezialvollmacht keineswegs verwischt wird, daß man andererseits zugunsten eben dieser Grenze dem Boten keinerlei Willenswahl gestatten dürfe. Auch nicht als „Vertreter bloß in der Erklärung" konnten wir den Boten anerkennen, und in Konsequenz davon mußten wir die Unterscheidung des Boten und des Briefträgers abweisen. Es erübrigt sich nun noch erstens die besondere Stellung Jherings, der die Frage mittelbar zu lösen sucht, und zweitens noch den eigentümlichen Schlicmannschen Versuch der Abgrenzung zu betrachten.

7. Jherings Theorie.

Nach unseren bisherigen Ergebnissen scheint Jhering recht zu haben, wenn er in dem von ihm zuerst[1]) vortrefflich dargestellten Unterschied der faktischen und der juristischen Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften die

[1]) S. 273 ff.

Abgrenzung unserer Begriffe findet; denn wenn z. B. jemand im Auftrage seines Herrn eine Offerte erklärt, so kann er dies als Bote, aber auch als Stellvertreter tun.[1]) Das eine Mal leistet er faktische Beihilfe, das andere Mal aber juristische. Doch was sind die Grenzen dieser Begriffe! Der Begriff der faktischen Mitwirkung ist ein viel zu ausgedehnter, faktische Mitwirkung ist die Tätigkeit aller eingangs erwähnten, an fremden Rechtsgeschäften mitwirkenden Personen.[2]) So ist auch laut Ihering der Reitknecht, der das Pferd vorführt, ein Gehilfe bei dem Rechtsgeschäft. Sehr richtig fragt Unger[3]): Was ist mit einem solchen Begriff gewonnen? Eben nicht viel, wenn es sich um die Charakterisierung der natürlichen Mitwirkung handelt, insoweit diese für das Rechtsgebiet von Bedeutung ist. Auch daß der Stellvertreter ausschließlich rechtlich notwendige, d. i. juristische Handlungen verrichtet, wie Ihering ausführt,[4]) ist unzutreffend. Oft nimmt gerade so gut der bloße Gehilfe einen zur Entstehung des Rechtsgeschäfts notwendigen[5]) Akt vor, und der Unterschied liegt dann darin, daß der

---

[1]) s. darüber unten S. 60.

[2]) S. 3 dieser Arbeit.

[3]) S. 130.

[4]) Ihering S. 274/75: „Die faktische Teilnahme ist Dienstleistung rein physischer Art, d. h. sie besteht in der Vornahme einer bloß faktischen, nicht einer zur Entstehung des Rechtsgeschäfts notwendigen, d. i. juristischen Handlung."

[5]) Leonhard, Anfechtung der Vertr. S. 14: „Es fehlt jedoch

Gehilfe dies nicht als Ausdruck eigenen Willens tun darf, sondern daß er einen fremden Willen zur Erscheinung bringt. Wenn z. B. in irgend einem Recht nur schriftliche Testamente anerkannt sind, so ist das Schreiben des Testaments nach Jhering unbedingt notwendige, d. i. juristische Tätigkeit, juristisches Element des Rechtsgeschäftes. Er sagt ja, juristisch sind diejenigen Handlungen, die juristische Wirkung hervorbringen. Dennoch leistet natürlich der Schreiber des Testaments lediglich Gehilfen-, d. h. faktische Dienste. Nun unterscheidet allerdings Jhering innerhalb der juristischen Mitwirkung nochmals spezifisch juristische Elemente und rein faktische; die ersteren sollen die rechtlich notwendigen sein. Aber auch das überhebt uns nicht der Schwierigkeiten unserer Unterscheidung, da dadurch die soeben erörterten Bedenken zum zweiten Male aufgerollt werden. Jhering läßt mit seiner Unterscheidung unsere Frage durchaus offen, denn „an sich faktische Elemente erlangen unter Umständen eine juristische Bedeutung, und umgekehrt können Handlungen, welche im allgemeinen juristische sind, zu rein faktischen herunterſinken".[1]) So viel steht aber auch nach Jhering fest, daß der Bote nur faktische Dienste leistet, und das entspricht der herrschenden Lehre. Was aber faktische Dienste des Boten sind, bezw. was nicht mehr solche sind, haben wir im obigen eingehend dargestellt.

weder der Vertretung die faktische Natur, noch der Botschaft die juristische Bedeutsamkeit."

[1]) So Laband S. 191.

8. Schliemanns Theorie.

Schliemanns[1]) besondere Theorie über die Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter besteht darin, daß nach ihm der Bote den Prinzipal nur in der Offerte oder im Akzept vertritt, der Stellvertreter dagegen den Herrn im ganzen Geschäftsabschluß. Auch Leonhard betont[2]) diesen Unterschied, aber er gibt zu, daß bei der Offerte sich Bote und Stellvertreter nicht unterscheiden ließen. Fleck sagt,[3]) „es sei ein bedenkliches Zeichen für Schliemanns besondere Lehre, daß sie selbst von Leonhard, der sie im übrigen akzeptiere, für unfähig erklärt werde, bei der Offerte, also in einer großen Zahl von Fällen, den Boten vom Stellvertreter zu unterscheiden". Wir führen Flecks Beispiel an. Ein Reisender formuliert nach langen direkten Verhandlungen mit dem Kunden eine bestimmte Offerte, die sich demnach als sein eigenes Willensprodukt darstellt. Er räumt dem Kunden eine Akzeptationsfrist ein und verweist ihn bezüglich der Annahmeerklärung an den Prinzipal, weil er selbst weiterreist. Hier ist der Reisende zweifellos Stellvertreter, während er nach Schliemann Bote sein müßte. Schliemann führt sogar einen analogen Fall an[4]) und entscheidet sich für Botschaft. Er ist eben nur insoweit zur herrschenden

---

[1]) S. 18 ff. bes. S. 21.

[2]) Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen S. 161.

[3]) Fleck S. 345.

[4]) a. a. O.

Meinung zu zählen, als es sich um das Überbringen einer schriftlichen Willenserklärung handelt, also um den sogen. Briefträger. Dem mündlichen Boten dagegen räumt er einen Einfluß auf den Geschäftsinhalt ein, soweit es sich nur um die Offerte oder nur um die Akzeptationserklärung handelt. Wir haben die Frage nach der Willensbetätigung des Boten bereits oben[1]) erörtert und können daher bezüglich der besonderen Schliemannschen Unterscheidung auf Grund der Teile des Rechtsgeschäftes, der Offerte und des Akzeptes, nur wiederholen, daß der Versuch einer begrifflichen Abgrenzung auf diesem Wege nicht zu billigen ist.

Wir bleiben also definitiv bei dem sich bereits mittelbar aus der obigen Zusammenfassung[2]) ergebenden Resultate, daß der Botenbegriff so eng wie möglich gefaßt werden müsse, wenn man die so wichtige Grenze gegen den des Stellvertreters behaupten wolle. Richtig bemerkt Fleck, daß die geringste Erweiterung des Botenbegriffes, die kleinste Konzession bezüglich des Anteils am Geschäftswillen bei konsequenter Verfolgung zur Leugnung jeglicher Differenz, zur Annahme der v. Savigny schen Theorie führen müsse.[3])

---

[1]) s. S. 39 ff. dieser Arbeit.

[2]) s. S. 5 dieser Arbeit.

[3]) S. 348.

Dritter Teil.

Das äußere Auftreten als Kriterium der Botenqualität im Außenverhältnis.

Wir hatten oben[1]) darauf hingewiesen, daß man das äußere Auftreten der Mittelsperson nicht als Kriterium der begrifflichen Unterscheidung verwenden dürfe. Wir haben dies jedoch nicht näher begründet und wollen es hier, wo von der Bedeutung des äußeren Auftretens die Rede sein soll, nachholen. Ein Begriff ist die Bezugnahme auf etwas Innerliches, er kann natürlich äußere Kennzeichen haben, diese bleiben aber etwas rein Äußerliches, Zufälliges. Von ihnen aus kann man nicht auf den eigentlichen Begriff eines Rechtsinstituts mit Sicherheit schließen. Insoweit stimmen wir mit Hellmann überein, wenn er sagt, darin, daß der Bote dem Dritten gegenüber als Überbringer einer fremden Willenserklärung auftrete, der Stellvertreter als selbständiger Willensproduzent, läge kein Unterschied.[2]) So sagt auch Hölder[3]) richtig: „Kein

[1]) s. S. 20 d. Arb.

[2]) S. 8. — Hellmann beruft sich zugleich auf Wächter II S. 679 B u.

[3]) § 57 S. 297.

Unterscheidungsmerkmal des Boten und des Stellvertreters ist ihr äußeres Auftreten". Daß der Hinweis auf das letztere gar nicht zur Begriffsbestimmung beitragen könne, geht besonders aus der Erwägung hervor, daß das Auftreten ja im Belieben der Mittelsperson steht, und daß dieser Umstand doch unmöglich an der Tatsache des aus dem Innenverhältnis zu abstrahierenden Begriffes etwas zu ändern vermag. Es besteht naturgemäß stets die Möglichkeit, wenn man sich der Mitwirkung von Mittelspersonen bedient, daß deren Auftreten ihrem eigentlichen juristischen Charakter nicht entspricht. Deshalb wiesen wir auf die Gefahr hin, die für diejenigen besteht, die den oben festgestellten Unterschied suchen und dabei nach dem Auftreten entscheiden wollen, nämlich die Gefahr der irrigen Konsequenz, daß der Bote denselben Spielraum haben könne wie der Vertreter, weil es ja nur auf das äußere Auftreten ankomme. Die wahre Bedeutung des letzteren beruht unserer Ansicht nach darin, daß es den einzig brauchbaren Anhaltspunkt für die Beurteilung der Mittelsperson seitens des Gegenkontrahenten bietet. Dies wird von den obengenannten Autoren nicht betont, so daß es mir zweifelhaft erscheint, ob wir uns auf sie berufen können, wie Fleck dies tut.[1]) Letzterer scheint freilich ebenfalls das äußere Auftreten noch zur Vervollständigung der Begriffsbestimmung hinzuzuziehen,[2]) wäh-

[1]) S. 349.

[2]) S. 386 III.

rend wir den Begriff erschöpfend aus dem Innenverhältnis festgestellt zu haben glauben und dem äußeren Auftreten nur die erwähnte Bedeutung beimessen. Der mögliche Unterschied des Fleckschen Standpunktes von dem hier vertretenen ist insofern bedeutungslos, als Fleck den Botenbegriff genau so eng faßt wie wir. Anders die genannten Autoren, und insoweit es sich um die Frage dieses Abschnittes handelt, wollen wir noch darauf eingehen. So sagt Schliemann[1]: „Der Unterschied liegt im äußeren Auftreten, der Bote könne generelle Vollmacht haben, aber er erkläre speziell als Bote dem Dritten". Wir sehen, wie infolge der Vermengung der von uns getrennten Frage die hervorgehobene irrige Konsequenz zustande kommt. Wir weisen noch auf Zimmermann hin. Er sagt[2]: „Wesentlich ist für den Begriff des Boten nur, daß er nach außen hin als bloßer Überbringer einer fremden Willenserklärung auftrete und daß die Instruktion mit diesem Auftreten übereinstimme", und w. u. heißt es: „Der Stellvertreter hebt sich dadurch vom Boten ab, daß er sich nach außen hin als selbstwollend darstellt". Wollen wir uns nun gleichwohl auf diese Gruppe von Autoren berufen,[3] so müssen wir dabei nicht vergessen, daß wir dies nur insoweit tun können,

---

[1]) S. 19.

[2]) S. 22.

[3]) vgl. ferner Unger II S. 135 Nr. 20; Bähr S. 295—99; Thöl § 72 S. 236 ff.; Laband S. 19; Mommsen S. 125.

als ja der Effekt bezüglich der jetzt behandelten Frage beiderseits der gleiche ist; es mußte jedoch von uns konstatiert werden, daß die Grundlagen des gemeinsamen Resultats durchaus verschiedene sind.

Untersucht man alle Fälle der Mitwirkung von Mittelspersonen, die entweder Stellvertreter oder Boten sind, nach dem doppelten Gesichtspunkte ihres wahren und ihres scheinbaren juristischen Charakters,[1]) so ergeben sich durch Kombination folgende vier Möglichkeiten:

1. Die Mittelsperson ist Bote und tritt als solcher auf.
2. Sie ist Bote und tritt als Stellvertreter auf.
3. Sie ist Stellvertreter und tritt als Bote auf.
4. Sie ist Stellvertreter und tritt als solcher auf.

Die praktischen Konsequenzen des ersten und vierten Falles bieten keinerlei Schwierigkeiten. Im Fall Nr. 4 entscheiden die Grundsätze der Stellvertretung, während im Fall Nr. 1 das Geschäft nach der Person dessen, der den Boten absandte, beurteilt wird. Insbesondere kann es in diesen Fällen dem Dritten gleich sein, ob der juristische Charakter nach dem Innenverhältnis oder nach dem äußeren Auftreten zu beurteilen sei. Anders jedoch im Falle Nr. 2 und 3. Wonach soll er hier entscheiden?

---

[1]) Mitteis § 14 S. 126 macht eine analoge Untersuchung nach dem doppelten Gesichtspunkt der wahren Willensverteilung und des äußeren Auftretens. Er kommt zu sechs Möglichkeiten; dies erklärt sich aus seiner vermittelnden Theorie, wonach Vertreter und Vertretener zusammenwirken.

Wir hatten unsere Ansicht sowie die herrschende bereits genannt und wollen sie nun begründen. Drei Wege bieten sich dar:

1. Man kann das Innenverhältnis, also den wahren juristischen Charakter, entscheidend sein lassen.

2. Man kann das äußere Auftreten, also den scheinbaren juristischen Charakter, zugrunde legen.

3. Man kann eine vermittelnde Ansicht aufstellen.

Die unter 2. charakterisierte Theorie nennt Fleck [1]) Erklärungstheorie, was er freilich in der Anmerkung selbst für nicht ganz korrekt erklärt. Wir wollen diese Bezeichnung vermeiden und lieber von einer Theorie des äußeren Auftretens reden. Durch die Fleck'sche Bezeichnung verleitet, könnte man auch bezüglich unserer Frage an die bekannte Kontroverse aus der Irrtumslehre denken, wo von einer Willens-, Vertrauens- und Erklärungstheorie gesprochen wird. Es handelt sich aber bei uns nicht um ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung,[2]) sondern darum, daß eine Willenserklärung, die den Prinzipal verbinden soll, nicht in der Form vorgebracht wird durch die Mittelsperson, die ihrem juristischen Charakter entspricht. Auch wenn man gleichwohl von einer gewissen Analogie reden wollte, so könnte uns eine Bezugnahme auf die Theorie in der Irrtumslehre nichts helfen, da es durchaus bestritten ist, welche die herrschende ist.

[1]) S. 349 Anm. 57.

[2]) Soweit beim Boten diese Diskrepanz in Frage kommt, s. w. u. Willensmängel S. 78 ff. d. Arb.

Das Bürgerliche Gesetzbuch wird von den Vertretern jeder derselben in Anspruch genommen, und m. E. folgt es in Wahrheit einer vermittelnden, aber keiner der genannten Theorien.[1]) Es bleibt uns daher nur übrig, die oben angegebenen drei Wege auf ihren praktischen Wert hin zu prüfen.

Lassen wir zunächst in den beiden in Betracht kommenden Fällen den wahren juristischen Charakter der Mittelspersonen im Außenverhältnis entscheidend sein.

a) Der Vertreter tritt als Bote auf.

Dann wird der Dritte insofern geschützt, als er unter Bezugnahme darauf, daß der Bote in Wahrheit Stellvertreter gewesen sei, verhindern kann, daß event. Einreden aus der Person des Vertreters abgeschnitten werden. Andererseits könnte der Geschäftsherr nachträglich den wahren Sachverhalt seinerseits zum Schaden des Dritten geltend machen, weil sich z. B. der Vertreter geirrt hatte. Der Dritte könnte dann nicht sagen, er habe geglaubt, es mit einem Boten zu tun zu haben, dessen Irrtum bedeutungslos sei.

b) Der Bote tritt als Vertreter auf.

Dann kann wiederum der Prinzipal nachträglich den wahren Sachverhalt zum Schaden des Dritten geltend machen, wenn nämlich der falsche Vertreter z. B. in Kennt-

---

[1]) A. M. Fleck S. 350.

nis eines dem Prinzipal unbekannten Mangels abschloß. Andererseits könnte der Dritte, wenn der Geschäftsherr etwa Einreden aus seiner Person abschneiden wollte, ebenfalls auf die tatsächliche Boteneigenschaft der Mittelsperson hinweisen und sich so seine Rechte wahren.

Nehmen wir zweitens das äußere Auftreten, d. h. den scheinbaren juristischen Charakter, zur Richtschnur in unserer Frage, so ergibt sich in dem Falle a), daß der Dritte geschädigt wird, insofern nunmehr die oben erwähnten Einreden abgeschnitten sind. Andererseits wird der Dritte geschützt, insofern er sich darauf verlassen kann, daß der Prinzipal den rechtsgeschäftlichen Entschluß wirklich gefaßt habe; es kann ihm also kein Irrtum des wahren Vertreters, sondern höchstens ein solcher des Prinzipals entgegengehalten werden.

Im Falle b) kann der Prinzipal geschädigt werden, wenn z. B. der falsche Vertreter in Kenntnis eines dem Herrn unbekannten Mangels abschloß und nun das Erklärte bindend ist. Der Dritte ist hierbei der Gesicherte.

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich klar, daß es unmöglich ist, unter Zugrundelegung des einen oder des anderen Gesichtspunktes das Vertrauen des Dritten unter allen Umständen zu schützen und zugleich auch die rechtliche Lage des Prinzipals nicht übermäßig ungünstig zu gestalten. Dies hat Mitteis als Ziel vor Augen gehabt; um es zu erreichen, mußte er notwendig nach allen beiden Gesichtspunkten urteilen und somit den oben an dritter Stelle angegebenen Weg der vermittelnden Theorie be-

schreiten. Mitteis[1]) sagt bezüglich unseres Falles b),[2]) das Rechtsgeschäft sei nach dem Willen des Prinzipals zu beurteilen, soweit nicht der Dritte berechtigt ist, sich auf das äußere Auftreten, somit auf die Notwendigkeit der Beurteilung nach der Person des Vertreters, zu berufen. Bezüglich unseres Falles b) meint er, das Rechtsgeschäft sei nach dem Willen des Prokurators, nach jenem des Dominus aber insofern zu beurteilen, als der Dritte durch Hervorkehrung des wahren Sachverhalts in seiner berechtigten Beurteilung des Rechtsgeschäfts getäuscht wurde.

Fleck bezeichnet diese Konstruktion als das durch die Vertrauenstheorie modifizierte Willensdogma.[3]) Wir können sie nicht billigen, da sie zu großen Bedenken veranlaßt. Es ist nämlich, wie Fleck scharfsinnig an einem Beispiel demonstriert, nicht ersichtlich, wie die beiden Prinzipien ineinandergreifen sollen, und ob sie überhaupt in einer das Rechtsgefühl befriedigenden Weise miteinander verbunden werden können. Mitteis hat nämlich anscheinend den Fall nicht berücksichtigt, wo möglicherweise beide Prinzipien gleichzeitig anwendbar sein können. Die von ihm angeführten Beispiele sind sämtlich so geschaffen, daß in Konsequenz seiner Theorie entweder nach dem Gesichtspunkt des wahren, oder nach dem des scheinbaren Charakters der Mittelsperson stets zugunsten des Dritten entschieden werden kann.

[1]) S. 127 sub 2.

[2]) S. 128 sub 5.

[3]) S. 353.

Wir führen das Fleckſche Beiſpiel an, um zu zeigen, wie die Mitteisſche Theorie den Grund zu widerſprechenden Entſcheidungen legen würde.

„B, der Generalbevollmächtigte des A, kauft, als Nuntius auftretend, das Pferd X, das einen nach §§ 459, 481, 487 BGB. die Wandlungsklage erzeugenden Mangel aufweiſt. B kannte den Mangel nicht, wohl aber A, dem B vor Abſchluß des Kaufes ſeine Abſicht mitgeteilt hatte, für ihn das Pferd X zu erſtehen. Beim Kaufabſchluß betrügt B den C in bezug auf die Höhe des Kaufpreiſes."

Nach Mitteis müßte C nun wegen Betruges anfechten, gleichzeitig aber bezüglich der Wandlungsklage auf das äußere Auftreten hinweiſen können, ſich alſo zu gleicher Zeit auf das Willensprinzip und auf die Vertrauenstheorie ſtützen können. Wollte man nun annehmen, C dürfe ſich nur auf ein Prinzip ſtützen, ſo ergäbe ſich die Schwierigkeit, ob, welches und nach welchem Geſichtspunkte er wählen dürfe. Im erſten Falle ſpricht Fleck[1]) von einem Kumulationsprinzip, im zweiten von einem Elektivprinzip. Ferner: ſoll C verpflichtet ſein, an dem einmal gewählten Prinzip feſtzuhalten, oder ſoll er je nach ſeinem Vorteil bezüglich der Prozeßlage ſeinen Standpunkt ändern dürfen. Wir begnügen uns mit dem Hinweis auf dieſe Bedenken, die von Fleck, dem wir uns anſchließen, ausführlich dargelegt werden. Mit der Mitteis-

[1]) S. 351.

schen Theorie kommen wir jedenfalls nicht zu unserm Ziele, ein befriedigendes Prinzip, das für die Beurteilung der Mittelspersonen im Außenverhältnis zugrunde gelegt werden kann, aufzustellen.

An der obigen Gegenüberstellung der beiden ersteren Prinzipien sehen wir, wie, gleichviel, welches wir wählen, bald der Dritte, bald der Geschäftsherr geschädigt werde. Der Bezugnahme auf das Innenverhältnis steht vornehmlich entgegen, daß der Prinzipal zum Schaden des Dritten den wahren Sachverhalt nachträglich hervorkehren kann; andererseits spricht gegen eine Bezugnahme auf das Auftreten die Möglichkeit, dem Dritten die Einreden aus der Person des Vertreters abzuschneiden. Wir müssen uns entscheiden, welches Bedenken schwerer wiegt, und wollen zunächst den Gesichtspunkt des Innenverhältnisses an einem Beispiel prüfen.

B ist beauftragt, die Akzeptationserklärungen seines Prinzipals A zu überbringen, daß dieser von C das Pferd X kaufe. Anstatt diese Erklärung einfach abzugeben, tritt er wie ein Stellvertreter auf. Das Pferd hat nun einen sichtbaren Mangel. Da C den B für einen Vertreter hält, nimmt er an, daß dieser das Pferd trotz des Mangels kaufen wolle. Im Vertrauen darauf unterläßt er die Anzeige an den Prinzipal. Jetzt kann A erklären, der B sei in Wahrheit sein Bote gewesen, er aber habe ein tadelloses Pferd kaufen wollen. Er erhebt die Wandlungsklage.

Diese Entscheidung erachten wir für unbillig. Mit

Recht sagt Mitteis,[1]) der willenlose Stellvertreter (für uns der Bote), der selbsthandelnd auftrete, der dürfe nicht nachträglich sagen, der Entschluß sei in Wahrheit vom Prinzipal gefaßt worden, und der willenlose Prinzipal, der als beschließend hingestellt wird (unser Fall a), dürfe nicht ex post diesen verschwiegenen Sachverhalt zum Nachteile des Dritten herauskehren. Der Dritte hat in unserem Beispiele den B für einen Vertreter halten können und diesem gegenüber keine Pflicht verletzt, es wäre unbillig, wenn der A nun die Pflichten des Dritten sollte erhöhen können,[2]) um so mehr, als ja der Dritte der Mittelsperson ihren wahren Charakter nicht ansehen kann. Denn wonach sollte er sich richten, wenn nicht nach dem, was er sieht und hört. Sollte das Innenverhältnis maßgebend sein, so würden alle Dritten schwer geschädigt werden; anstatt daß es auf die gewechselten Erklärungen ankäme, hinge alles von einer Beziehung ab, die sich ihrer Kenntnis völlig entzieht.[3]) Man wird sogar sagen müssen, wie käme der Dritte im allgemeinen dazu, nachzuprüfen, ob die Mittelsperson das sei, wofür sie sich ausgibt. Das Prinzip der Bezugnahme auf den wahren juristischen Charakter würde einer gesunden Entwicklung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch Mittelspersonen im Wege stehen.

---

[1]) S. 123.

[2]) vgl. Mitteis S. 125.

[3]) S. 352.

Wir bekennen uns daher zu der Theorie des äußeren Auftretens. Bevor wir aber nachweisen, daß das oben erwähnte Bedenken[1]) das leichtere ist, müssen wir noch einen, hauptsächlich von Hellmann erhobenen Einwand zu entkräften suchen. Hellmann[2]) hebt hervor, daß nach obiger Theorie die Wortfassung entscheidend sein müsse, und zwar in größerem Umfange als im römischen Recht, nämlich bei allen Rechtsgeschäften. Der Dritte könne doch nur nach wahrnehmbaren Merkmalen, also nach den Worten urteilen, es müßten daher Formeln aufgestellt werden, etwa „ich will für X" und „X will". In manchen Fällen genüge aber das nicht einmal; er führt solche an und kommt zu dem Ergebnis, daß die Grenzen zwischen dem Auftreten als Überbringer fremden Willens und als Selbstwollender ineinander sich verschlingen, wenn man nicht zu festen Formeln seine Zuflucht nehmen kann. Wir meinen, daß der Bote und der Stellvertreter sich bestimmter Ausdrucksformen bedienen müßten, sei durchaus nicht erforderlich. Unter wahrnehmbaren Merkmalen sind nicht nur Worte, sondern eben das ganze äußere Auftreten zu verstehen. Dies aber kann jede Mittelsperson so einrichten, daß ihr juristischer Charakter dem Dritten erkennbar ist auch ohne Formeln. Und selbst wenn dies nicht der Fall ist, so wird man sagen müssen, daß in Konsequenz der Theorie des äußeren Auftretens

---

[1]) s. S. 71 dieser Arbeit.

[2]) s. S. 9.

die Auffassung des Dritten gleichwohl geschützt werden müsse. In den von Hellmann angeführten Beispielen mag wohl der Jurist sich schwer oder gar nicht für eine Stellungnahme in der Frage, was die Mittelsperson wohl sei, entschließen können, der Laie aber wird auch hier eine bestimmte Ansicht haben. Gerade weil die Ausdrucksweise des modernen rechtsgeschäftlichen Verkehrs weit entfernt von allem Formelhaften ist, werden die Dritten ihre Auffassung rechtfertigen können, und insoweit soll ihr Vertrauen vom Rechte geschützt werden. Wer tatsächlich im Zweifel ist, kann die Mittelsperson zu größerer Deutlichkeit auffordern und wird dies auch tun. Läßt er es, so muß angenommen werden, daß er sich, trotz anfänglicher Zweifel, für Boten oder Stellvertreter entschieden habe.

Schwerwiegender ist der weitere Einwand, den Hellmann gegen die Theorie des äußeren Auftretens erhebt,[1]) daß es nach ihr im Belieben der Mittelsperson stände, ob durch sie ein Rechtsgeschäft als Bote oder als Stellvertreter vermittelt werde. Darin ist das bereits von uns hervorgehobene Bedenken enthalten, daß nämlich die Einreden aus der Person des Vertreters durch dessen Auftreten als Bote abgeschnitten werden können. Aus dem Geiste der von ihm bekämpften Ansicht heraus fragt Fleck[2]): „Ist es nicht geradezu eine Prämie auf den

[1]) a. a. O.

[2]) S. 352.

Dolus, wenn das Gesetz den Dritten in einem solchen Falle der Kontraktsklage des Vertretenen gegenüber schutzlos lassen wollte?"

Hiergegen ist zu sagen, daß das Gesetz auch sonst gestattet, daß ein Dritter arglistig die Vertragsparteien zu einer Erklärung bestimmt, die gleichwohl nachher nicht angefochten werden kann (§ 123 BGB.). Es verweist in dieser Beziehung auf die Deliktsklage gegen den Dritten. Unter den § 123 fällt auch der Fall, daß der Arglistige beide Parteien durch sein Auftreten beeinflußt, z. B. als Makler. Man wird analog auch dann keine Anfechtung dem Dritten gestatten dürfen, wenn der Arglistige seine Täuschung in seiner Eigenschaft als Mittelsperson, Bote oder Stellvertreter, durch sein, dem wahren juristischen Charakter nicht entsprechendes Auftreten verübt. Es erscheint wohl unbillig, daß der Dritte berechtigt sein solle, auf eine ihm beim Vertragsschlusse völlig unbekannte Beziehung zurückzugreifen; ist es ja dem Prinzipal nicht gestattet, nachträglich den wahren Sachverhalt herauszukehren.[1]) Gäbe man dies zu, so kämen wir zurück zu der von uns nicht gebilligten Mitteisschen Lehre.

Wenn wir somit die der Theorie des äußeren Auftretens entgegenstehenden Bedenken beseitigt zu haben

---

[1]) Fleck sagt treffend, es wäre auffallend, wenn der Dritte sowohl die inneren wie die äußeren Beziehungen heranziehen dürfe, obgleich das seinem Gegner verwehrt ist.

glauben, so fragt sich ferner, worauf wir sie im Gesetz stützen wollen. Dieses gibt keinerlei unmittelbare Belege. Wir glauben jedoch nach Flecks Vorgange mit einem Analogieschluß aus der Vertretungslehre aushelfen zu können.[1]) Vertreter und Bote sind ja beide Mittelspersonen, die den Vertragsschluß der Kontrahenten, der eine durch Vertretung im Willen, der andere durch Übermittlung einer fertigen Willenserklärung, ermöglichen. Wir glauben daher nicht in Widerspruch zu geraten, insofern wir oben festgestellt haben, daß das Gesetz den Boten durch § 120 außerhalb der Vertretungslehre gestellt hat. Es handelt sich hier um einen Gesichtspunkt, der mit dem im übrigen bestehenden Gegensatz nichts zu tun hat. In der Vertretungslehre gilt jedoch unzweifelhaft die obige Theorie. Das ergibt sich für uns aus dem § 164 II: „Tritt der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht". Also ist es für den Dritten entscheidend, ob der Vertreter auch wirklich als solcher auftritt (abgesehen von dem Fall natürlich, wo der Vertretene dem Dritten die Vollmacht erklärt hat).

[1]) S. 358.

Entsprechend unserer Auffassung des Boten als einer Person, die eine Willenserklärung des Prinzipals weiterträgt, können wir nicht einsehen, wieso der Bote als solcher beim Besitz- und Eigentumserwerb in Frage kommen sollte. Bei letzterem handelt es sich um Fragen über den mittelbaren und unmittelbaren Besitz, sowie besonders über den bloßen Besitzdiener, aber nicht um unseren Boten. Wir halten daher die diesbezüglich von Fleck behandelten Fragen als zu unserem Thema nicht gehörig.

4. Teil.

Willensmängel und Haftung beim Kontrahieren durch Boten.

Bei der Untersuchung der Frage des vorigen Abschnittes war Voraussetzung gewesen, daß die Erklärungen der Mittelspersonen dem Willen der Geschäftsherren entsprachen; die Differenz bestand lediglich in betreff ihres wahren juristischen Charakters und des äußeren Auftretens, durch das sie die, sei es vollmachts-, sei es auftragsgemäßen Erklärungen des Prinzipals zur äußeren Erscheinung brachten. Besteht nun schon bei den rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die wir selbst abgeben, die Möglichkeit, daß sie unserem wahren Willen nicht entsprechen, wie vielmehr kann das Fall sein, wenn wir uns einer Mittelsperson zur Erklärung bedienen. Es fragt sich, was ist bezüglich der dann möglichen Willensmängel, was betreffs der Haftung Rechtens. Bisher war es der Unterscheidung und Abgrenzung wegen unvermeidlich, den Stellvertreter in hohem Maße in den Kreis unserer Betrachtungen zu ziehen. Bei der Frage dieses Abschnittes erübrigt sich das naturgemäß, da die Darstellung der

analogen Grundsätze aus der Vertretungslehre nicht zum Thema gehören würde.

Verwendet man einen Boten zur Übermittlung einer Willenserklärung, so kann ein Voneinanderabweichen von Wille und Erklärung auf dreierlei Weise möglich werden. Es kann sich erstens der Absender des Boten irren, es kann ferner der Bote, sei es kulpos, sei es dolos, die Erklärung unrichtig übermitteln, und schließlich können sowohl beim Absender wie beim Boten Willensmängel bestehen.

1. Willensmängel auf seiten des Prinzipals.

a) Irrtum.

Befand sich der Absender bei Erteilung des Botenauftrags in einem Irrtum und setzt man voraus, daß der Bote auch als Bote handele, d. h. daß er lediglich die ihm aufgetragenen Worte des Absenders reproduziert, so ist es klar, daß es sich dann genau so verhält, als wenn der Geschäftsherr die irrtümliche Erklärung persönlich abgegeben hätte. Es handelt sich alsdann nur um einen besonderen Fall der Irrtumslehre, der nach den allgemeinen Grundsätzen derselben behandelt werden muß. Im gemeinen Recht bestand der bekannte Streit der Willens- und der Erklärungstheorie. Es war bestritten, ob das Rechtsgeschäft wegen Geschäftsirrtums ipso iure nichtig sei oder nicht. Nach der Willenstheorie war der Auftrag des Absenders des Boten nichtig, wenn die auf-

getragene Erklärung dem inneren Willen des Herrn nicht entsprach, und somit auch der darauf gestützte Vertrag. Nach der Erklärungstheorie konnte der Vertrag vom Absender angefochten werden. Die Willenstheorie war die herrschende.[1]) Daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht auf die Streitfrage eingegangen ist, war oben erwähnt worden.[2]) Es neigt zur Erklärungstheorie, insofern nicht Nichtigkeit eintritt, sondern nur Anfechtung gewährt wird (§ 119 BGB.). Es begründet jedoch in § 122 eine Schadensersatzpflicht des Irrenden gegenüber dem anderen Teil auf das negative Interesse. Genau so verhält es sich im Falle der Botschaft. In § 120[3]) behandelt das Gesetz die durch eine Mittelsperson, sei es mündlich, sei es schriftlich abgegebene Erklärung wie eine eigene. Hierdurch bestätigt es vor allem die Auffassung des Boten als eines bloßen Organs des Absenders. Die Anfechtung der durch Boten übermittelten Erklärung ist nach § 119 nur dann gegegeben, wenn ein wesentlicher Irrtum vorliegt. Die Ersatzpflicht des § 120 tritt auch dann ein, wenn den Absender kein Verschulden trifft; das moderne Recht unterscheidet nicht mehr den entschuldbaren und den schuldhaften Irrtum, wie dies im gemeinen Recht ge-

---

[1]) Dernburg, Pand. S. 232 Note 2.

[2]) s. S. 67 d. Arb.

[3]) „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung."

schah.[1]) Daher tritt auch bei culpa in instruendo für den Absender keine andere Haftpflicht ein, als die des § 122. Die genannten Grundsätze gelten nicht nur für zweiseitige Rechtsgeschäfte, sondern auch für einseitige, denn auch bei diesen ist Botendienst denkbar, z. B. im Falle einer durch einen Ausrufer erklärten Auslobung des Absenders, der auf diesem Wege einen Finderlohn verspricht.

Man kann sich auch eines Boten zur Abgabe einer nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung bedienen, wenn es sich z. B. um irgend einen Scherz handelt. Alsdann gelten genau wie sonst bei der eigenen Erklärung die in den §§ 118, 119, 122 enthaltenen Grundsätze.

b) Täuschung und Drohung.

Da das Gesetz die durch einen Boten vermittelte Erklärung einer eigenen gleichstellt, so kann der Auftraggeber die Erklärung auch dann anfechten, wenn er zu der Beauftragung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.[2]) Eine Schadensersatzpflicht, wie bei der Anfechtung wegen Irrtums, besteht nicht. Hat ein Dritter den Willenszwang ausgeübt, so kann nur angefochten werden, wenn der andere Teil von der Täuschung resp. Drohung Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. Dabei ist das Wissen oder Nicht-

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 435 IV.

[2]) vgl. § 123 BGB.

wissen des Boten ganz gleichgültig.[1]) Er ist nur der Mund des Prinzipals; dieser hat wirksam erst erklärt, wenn der Bote seinen Auftrag ausgeführt hat (vgl. § 130 BGB.). Das muß deshalb hervorgehoben werden, weil man sonst bezüglich des Wissens resp. Nichtwissens des Boten wegen des Abs. 2 § 123 BGB. zweifelhaft sein könnte.[2]) Würde man nämlich annehmen, daß die Erklärung schon im Augenblick der Beauftragung des Boten abgegeben sei,[3]) so könnte man zu der Folgerung kommen, daß auch die Kenntnis des Boten von dem deliktischen Ursprung der Erklärung für die Anfechtung in Betracht käme, was natürlich irrig ist.

Eine Anfechtung seitens des Prinzipals ist nicht erforderlich im Falle der vis absoluta. „Der in solcher Weise Gezwungene handelt nicht, er ist bloß ein vermittelndes Werkzeug",[4]) d. h. es liegt seinerseits überhaupt keine Willenserklärung vor, er ist also möglicherweise selber nur Bote und die von ihm infolge der absoluten Gewalt beauftragte Person sein Substitut. Seitens dessen, der die Gewalt ausübt, liegt dolus vor; es ist klar, daß der Prinzipal, der selbst arglistig einen Botenauftrag erteilt, deliktisch auf den vollen Schaden haftet. Hatte in einem

---

[1]) Jedoch nur rücksichtlich der Anfechtung. Über die Haftung auf Grund seiner Kenntnis s. weiter unten S. 92 ff.

[2]) Fleck S. 394 u. Mitteis S. 279.

[3]) vgl. Windscheid, Pand. II § 309 sub 2; Schott S. 187.

[4]) s. Mot. I S. 204.

solchen Falle der Bote Kenntnis von der Arglist des Absenders, so kommt es natürlich doch auf sein Wissen an, d. h. er haftet event. solidarisch neben dem Auftraggeber.

c) Geschäftsunfähigkeit.

Ist die den Botenauftrag erteilende Person dauernd willensunfähig, z. B. geisteskrank, oder auch nur vorübergehend, aber zur Zeit der Beauftragung, so ist das übermittelte Rechtsgeschäft natürlich ungültig, wie der Auftrag selbst. Eine Anfechtung des Absenders ist in diesen Fällen ausgeschlossen, auch bei nur vorübergehender Willensunfähigkeit (Trunkenheit), denn es fehlt ja das kontraktliche Band zwischen ihm und dem Dritten. Ob er diesem aber gleichwohl hafte, war für den Fall der Trunkenheit im gemeinen Recht bestritten.

Jhering führt in seiner Abhandlung über culpa in contrahendo[1]) folgendes Beispiel an: Ein bis zur Willensunfähigkeit Betrunkener läßt durch einen Kellner aus dem Gasthofe einen Wagen für den nächsten Tag bestellen, den er nachher nicht nehmen will. Auch hier ist natürlich kein Vertrag zustande gekommen, auch dolus liegt nicht vor, wie Jhering hervorhebt; er meint aber, so wie der Absender wegen der in obigem Zustande begangenen Delikte hafte, weil er sich kulpos in diesen Zustand versetzt habe, so rechtfertige sich auch hier seine

[1]) Jhering IV S. 61; vgl. Bähr S. 298; Fleck S. 400.

Haftung wegen culpa in contrahendo, und zwar auf das negative Interesse.

Auch wir glauben, daß der Absender wie wegen der im Zustande sinnloser Betrunkenheit begangenen Delikte, so auch in unserem Falle haften müsse, wie unten für das geltende Recht näher ausgeführt wird; aber wir können die Annahme einer culpa in contrahendo als Grundlage für die Iheringsche Entscheidung nicht billigen. Gegen diese muß eingewendet werden, daß der Absender ja gar nicht kulpos betrunken gewesen zu sein braucht, daß vor allem aber von einer culpa in contrahendo doch eben nur da die Rede sein kann, wo zum mindesten ein auf Herstellung einer kontraktlichen Beziehung gerichteter Wille vorliegt, man müßte denn gerade im Falle des bis zur Willensunfähigkeit Betrunkenen von einer quasi culpa in contrahendo reden, ein Begriff, der von Ihering nicht aufgestellt wird.

Bähr[1]) dagegen erklärt, der Kellner müsse den Kutscher bezahlen, denn er hätte diesem sagen müssen, der Herr sei total betrunken gewesen. Er scheint dabei vorauszusetzen, daß eine Betrunkenheit, die eine Willensunfähigkeit des Betrunkenen zur Folge hat, jedem Dritten erkennbar sein muß. Dies ist u. E. keineswegs der Fall, da ein tatsächlich willensunfähiger Betrunkener sehr wohl anscheinend hinreichend gewollte Erklärungen abgeben kann, von denen er später im nüchternen Zustande keine

[1]) S. 299.

Ahnung hat. Es muß demnach der Fall, in dem der fragliche Zustand des Absenders offensichtlich ist, von dem, in welchem er es nicht ist, unterschieden werden. Der erstere wird in folgendem Abschnitt gesondert behandelt, und nur der letztere steht an dieser Stelle in Frage. Für das geltende Recht ergibt sich die Entscheidung aus § 827 Satz 2 BGB. Hiernach ist derjenige, der schuldhaft durch den Genuß geistiger Getränke in einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit geraten ist, obwohl nicht zurechnungsfähig, für den von ihm durch unerlaubte Handlung verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele. Nun ist zwar das Absenden des Boten keine unerlaubte Handlung, der Absender hat sich jedoch schuldhaft in einen die Rechtsgenossen und ihre vom Rechte zu schützenden Güter gefährdenden Zustand versetzt und durch die in diesem Zustand abgesandte Botschaft den Vermögensschaden des Fuhrherrn herbeigeführt. Es wäre offenbar höchst unbillig, wenn hier, wo eine kontraktliche Haftung entfällt, der Absender nicht in ähnlicher Weise haften sollte, wie wegen der im obigen Zustande begangenen Delikte, und wir hatten bereits oben, im Anschluß an Iherings Auffassung, erwähnt, daß wir eine solche Haftung für gerechtfertigt hielten. Wir glauben daher, für das geltende Recht mittelst analoger Anwendung der genannten gesetzlichen Bestimmung die Haftung des Absenders als billig und der Tendenz des Gesetzes entsprechend statuieren zu können.

d) Haftung des Boten bei Kenntnis der Willensmängel des Prinzipals.

Wir sahen, daß Bähr den Boten wegen Kenntnis der Willensunfähigkeit des Herrn haftbar machen will. Gegen eine solche Haftung wendet Jhering ein,[1]) es bestände ja gar kein obligatorisches Verhältnis (zwischen dem Kellner und dem Kutscher). „Wohin würde es führen, wenn jemand in außerkontraktlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen dolus, so auch wegen culpa lata in Anspruch genommen werden könnte?“ fragt er.[2]) Damit gibt er immerhin prinzipiell eine Haftung wegen dolus zu. Entgegen Jhering nehmen wir nun im obigen Beispiel einen dolus des Kellners an unter der Voraussetzung, daß er die völlige Trunkenheit bemerkt hatte. Der Bote, dem der Zustand des Absenders bekannt war, handelt gegen den § 826 BGB., wenn er die Trunkenheit nicht erwähnt. Verschweigt er sie vorsätzlich, so hat er sozusagen den Schaden gewollt. Ein solches Verhalten verstößt gegen die guten Sitten und berechtigt die Annahme einer Haftung nach der genannten gesetzlichen Bestimmung. Man darf also hier nicht einwenden, der Bote sei ja nur willenloses Organ und habe für die Richtigkeit des Auftrages nicht zu haften. Auf Grund des § 826 können wir ihn, wie im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Absenders, so auch im Fall der vorher behandelten Willens-

[1]) a. a. O. S. 53.

[2]) a. a. O. S. 12.

mängel, stets haftbar machen, sei es allein, sei es neben dem Herrn, sobald der Mangel oder die Unfähigkeit des Prinzipalwillens offen zutage getreten war, sobald er Mitwisser des Betruges, Irrtums, Scherzes usw. war oder die Geisteskrankheit resp. Trunkenheit kannte.[1])

Fraglich erscheint es jedoch, ob hier das Kennenmüssen dem Kennen gleichzustellen ist, ob der Bote auch für ein nur kulposes Verhalten verantwortlich sein solle. Fleck verlangt eine solche Haftung als dem Billigkeitsgefühl entsprechend.[2]) Der Empfänger einer Botschaft verlasse sich darauf, daß der Bote keine Umstände bemerkt habe, die Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Auftrages erregen müssen. Der Bote habe bei der Entgegennahme eine gewisse Sorgfalt zu prästieren. Wir können dies nicht billigen. Eine solche Verkehrspflicht, wie sie Fleck auf S. 402 als Grundlage der Haftung aufstellt, und wie sie das Reichsgericht für den Handelsverkehr feststellt,[3]) läßt sich nicht allgemein durchführen; es fehlt vor allem jede gesetzliche Grundlage.

Auch die Haftung wegen Unterlassung einer nur summarischen Prüfung des Auftrages darf m. E. dem Boten nicht aufgebürdet werden, sondern eben nur die wegen eines offenkundigen Willensmangels des Auftraggebers.

Für die Beurteilung der Offenkundigkeit wird man billigerweise die Berufsstellung, Bildung usw. des Boten

[1]) So auch Fleck S. 400/01.

[2]) a. a. O. S. 401.

[3]) Bd. 35 Nr. 80 S. 318.

berücksichtigen müssen, d. h. sie ist von Fall zu Fall festzustellen.

2. Willensmängel auf seiten des Boten, Haftung für unrichtige Übermittlung.

a) Irrtum.

Für Willensmängel kommt die Person des Boten im allgemeinen nicht in Betracht.[1]) Dies hängt mit seiner werkzeugähnlichen Natur zusammen. Da er nur Organ des Absenders ist, so braucht er kein Verständnis für das durch ihn vermittelte Rechtsgeschäft zu haben. Wenn es auch auf seinen inneren Zustand nicht ankommt, so ist es doch durchaus möglich, daß Willensmängel in seiner Person bestehen. Diese werden denen des Absenders gleichgestellt. War daher der Irrtum z. B. ein wesentlicher, so tritt für das gemeine Recht (Willenstheorie) Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ein. Ein Vertrag kommt nicht zustande.[2]) Ist nun durch die irrtümlich unrichtige Übermittlung ein Schaden entstanden, so fragt es sich, wer diesen zu tragen habe. Jeden der drei Beteiligten trifft er hart.[3]) Wir müssen festzustellen suchen, wem er billigerweise aufgebürdet werden muß. Daß dies un-

---

[1]) Buchka S. 206; Mitteis S. 279; Endemann II S. 397; Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 52; Regelsberger, Pand. S. 587; Dolinski S. 153 ff.; Fleck S. 394 ff. u. a. m.

[2]) s. Windscheid-Kipp II § 309 S. 247.

[3]) Bähr S. 302.

möglich der Dritte sein kann, wird allgemein anerkannt, denn ihn trifft nicht das geringste Verschulden; sein berechtigtes Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung muß geschützt werden. Doch wer soll ihm verhaftet sein? Es bieten sich dafür drei Möglichkeiten.

1. Der Bote, die eigentliche Ursache des Schadens, haftet;

2. der Absender haftet;

3. beide haften;

Man könnte annehmen, der Bote, als der Schuldige, müsse haften. Dies tut meines Wissens als einziger Thöl.[1]) Er will den Boten mit der actio doli für das Interesse einstehen lassen. Wir können nicht einsehen, wieso der nur kulpose Bote aus der actio doli haften solle.[2])

Da zwischen dem Boten und dem Dritten kein obligatorisches Verhältnis besteht, er aber dem Absender für die richtige Erfüllung des Auftrages zu haften hat, so könnte man ferner dem Dritten die actio mandati directa kraft fingierter Zession gewähren.[3]) Hierbei müßte vorausgesetzt werden können, daß der Bote dem Absender auch unbedingt für das Interesse hafte. Das ist jedoch nicht der Fall, die Grenze der Haftbarkeit ist durch das Bewußtsein des Boten von der Tragweite seiner Erklärung

---

[1]) § 72 S. 238 (vgl. Ihering I S. 281 Anm. 2).

[2]) So auch Ihering a. a. O.

[3]) vgl. Bähr S. 309.

gegeben. Der Dritte käme bei einer solchen Haftung nicht auf seine Rechnung. Abgesehen von Thöl, wird daher von den übrigen Autoren eine Haftung des Absenders statuiert. Da der Bote nur Organ des Herrn ist, so entspricht es der Billigkeit, daß der Absender für eine infolge Irrtums des Boten unrichtig übermittelte Erklärung genau so einsteht wie für eigenen Irrtum. Im gemeinen Rechte herrschte jedoch Streit über die Begründung der Haftpflicht.

Jhering hält den Absender des Boten wegen culpa in contrahendo schlechthin zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet. Die culpa sieht er darin,[1]) daß der Prinzipal sich eines Boten bedient habe. Er meint, weder Bote noch Telegraph gewähren eine absolute Gewißheit der authentischen Übermittlung der Erklärung. „Jeder Kontrahent habe seinen Willen selber zu äußern, wer sich zu dem Zwecke anderer Personen bedient, tue dies auf eigene Gefahr[2]) . . . factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit.“[3])

Auf dieser Grundlage kann eine Haftung jedoch kaum gebilligt werden. Sieht man in dem Umstand, daß der Prinzipal die minder sichere indirekte Erklärung wählt, ein Verschulden seinerseits, so kann man mit demselben Recht ein konkurrierendes Verschulden auf seiten des

[1]) Bd. 4 S. 83.

[2]) a. a. O. S. 85.

[3]) Aus l. 7 pr. D. 4, 9.

Dritten annehmen, weil er sich auf ein durch einen Boten vermitteltes Geschäft eingelassen habe.[1]) Der Verkehr kann die indirekte Mitteilung nicht entbehren, es wäre verfehlt, einerseits ihre Berechtigung anzuerkennen, sie aber andererseis als kulpos zu behandeln. Eine culpa kann nur in eligendo anerkannt werden, wenn der Absender z. B. einen Geisteskranken verwendet, was bei dem wichtigen Fall der telegraphisch übermittelten Erklärung, wo es sich um die Benutzung einer Staatsanstalt handelt, nicht gut denkbar ist.[2])

Die Haftung soll nach Ihering auf das negative Interesse gehen.[3]) Zu demselben Resultat kommt Windscheid.[4]) Er billigt jedoch nicht die Iheringsche Begründung. Er argumentiert, der Absender eigne sich das Resultat des von ihm gewählten Erklärungsmittels an als seine Erklärung. Auf diese Weise liegt dann eine Erklärung vor, die dem wirklichen Willen nicht entspricht.

Ähnlich konstruiert das Reichsgericht die Haftung des Absenders.[5])

---

[1]) s. Dolinski S. 159 u. Mommsen S. 128, 129.

[2]) In dem berühmten Köln-Frankfurter Telegraphenfall (vgl. Ihering I und Windscheid II § 309 Note 5/6), hat das Landgericht zu Köln eine culpa in contrahendo angenommen.

[3]) Ihering I S. 280 a. M.: „Daß der Mandant nicht haftet, versteht sich von selbst, das Gesagte rührt nicht von ihm her". — Die im Text angeführte Theorie hat Ihering später wieder aufgegeben; s. Das Schuldrecht im röm. PrivR. S. 38 Anm. 73.

[4]) Pand. II § 309, insbes. Note 6.

[5]) Bd. 28 S. 16.

Bezüglich des Umfanges der Haftung sind einige abweichender Meinung. So verlangt Bähr[1]) eine Haftung auf das positive Erfüllungsinteresse; er weist darauf hin, daß das negative Interesse ja größer sein könne als das positive, während Jhering[2]) annimmt, daß es höchstens mit diesem zusammenfalle.

Mommsen[3]) hält den Absender des Boten nur insoweit zur Erstattung des Schadens verpflichtet, als dies nach den in betreff des Mandats geltenden Grundsätzen sich rechtfertigt.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch greifen auch im Falle des Irrtums des Boten die schon erwähnten Grundsätze Platz,[4]) d. h. der Absender haftet, und zwar auf das negative Interesse.

b) Dolus des Boten.

Bei absichtlicher Entstellung der Erklärung wurde im gemeinen Recht eine Haftung des Absenders geleugnet. So sagt Mommsen,[5]) man könne den Absender nur für das verantwortlich machen, was der Bote als Bote in der Eigenschaft, in welcher er von dem Auftraggeber abgesandt worden ist, tue. Der Empfänger soll sich bei wissentlich falscher Bestellung des Boten nur an diesen

---

[1]) S. 306.

[2]) Bd. 4 S. 21.

[3]) S. 129.

[4]) s. S. 80/81 dieser Arbeit.

[5]) S. 126.

halten können. Es sei unter allen Umständen vom Boten auf Grund einer actio doli Ersatz des negativen Interesses zu verlangen. Zweifelhaft sei, ob er zur Erfüllung verpflichtet sein könne. Den schon von uns oben gemachten Einwand[1]) beseitigt Mommsen, indem er erklärt, daß der Bote durch wissentlich falsches Ausrichten sich auf einen anderen Boden stelle, daß er nicht mehr Bote sei. Es muß zugegeben werden, daß große Bedenken gegen die Annahme einer Haftung des Absenders auch bei dolus des Boten vorliegen. Gleichwohl nehmen wir eine solche an. Es liegt m. E. eine unrichtige Übermittlung des Boten vor, nicht anders als beim Irrtum. Man muß dies annehmen, da es unmöglich ist, eine Grenze zu ziehen zwischen unrichtiger Übermittlung und völlig anderer Erklärung. Der entscheidende Gesichtspunkt liegt darin, daß der Absender den Impuls gegeben hat. Dies nimmt auch Windscheid an, aber er will gleichwohl die Grenze gezogen wissen,[2]) darüber hinaus läge ein Impuls nicht mehr vor. Wir stimmen mit Dolinski[3]) überein. Er sagt gegen Windscheid, auch wenn der Bote die Willenserklärung absichtlich entstellt, erfolge die Erklärung auf den Impuls des Absenders. Er macht den richtigen Einwand, daß, gleichviel ob culpa oder dolus vorliege, dies nichts an dem Verhältnis der Erklärung

---

[1]) s. S. 89/90 dieser Arbeit.

[2]) Pand. II § 309 Anm. 7.

[3]) S. 163.

zum Auftrag ändere. Die falsche Übermittlung erfolge ja tatsächlich nie auf den Impuls des Herrn, gleichviel ob sie absichtlich oder irrtümlich zustande kommt. Nach Windscheid würde daher konsequenterweise m. E. die Haftung des Absenders überhaupt unmöglich werden.

Die Ausnahme von der Haftung des Absenders galt auch nur im gemeinen Recht. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist sie in Fortfall gekommen, desgleichen auch die weitere in betreff des Falles der höheren Gewalt. Windscheid formulierte: „Der Erklärende haftet nicht, wenn die unrichtige Übermittlung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, die außer aller Berechnung liegen". Er gibt jedoch selbst zu, daß dies nicht unzweifelhaft sei.[1])

In den Beratungen der ersten und zweiten Kommission schwankte man in dieser Frage.[2]) In der Reichstagskommission gelangte man jedoch wieder zu dem Standpunkt des ersten Entwurfes.[3]) Als Grund wurde angegeben, daß für den Geschädigten der Grund der unrichtigen Übermittlung gleichgültig sei. Infolgedessen ist durch den § 120 stets die Haftpflicht des Absenders auf das negative Interesse begründet worden, sowohl bei Irrtum als auch bei dolus und im Falle höherer Gewalt.[4])

Es braucht kaum betont zu werden, daß, wenn ein

---

[1]) S. 249 Anm. 8.

[2]) vgl. Mugdan S. 721.

[3]) vgl. Fleck S. 396.

[4]) s. Planck zu § 120 S. 217.

Botenauftrag überhaupt nicht vorhanden war, der angebliche Absender für den dolus des betrügerischen Boten nicht zu haften habe. Dagegen muß beachtet werden, daß neben dem kontraktlich haftenden Prinzipal stets, z. B. wegen dolus, eine deliktische Haftung des Boten gegeben sein kann.

3. Willensmängel auf beiden Seiten.

Wenn sowohl in der Person des Absenders wie in der des Boten Willensmängel vorliegen, so sind die oben entwickelten Grundsätze maßgebend. Korrigieren sich die Mängel, so sind sie einflußlos.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.